

# **Die Baunachbarklage im öffentlichen Recht**

Dissertation,  
vorgelegt der Rechts- und  
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät  
der Johannes-Gutenberg-Universität  
in Mainz

von

**Joachim Tiltag**

aus Berlin 46 (Lankwitz) · Alt-Lankwitz 60

1966



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

# **Die Baunachbarklage im öffentlichen Recht**

Dissertation,  
vorgelegt der Rechts- und  
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät  
der Johannes-Gutenberg-Universität  
in Mainz

von

**Joachim Tiltag**

aus Berlin 46 (Lankwitz) · Alt-Lankwitz 60

Berichterstatter: Staatssekretär Professor Dr. Karl M. Hettlage  
Mitglied der Hohen Behörde der Europäischen  
Gemeinschaft für Kohle und Stahl.

Professor Dr. Karl Josef Partsch

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Juni 1966



# Inhaltsübersicht

|                                                                                                                | Seite |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| <b>Einleitung — Problem</b> .....                                                                              | 17    |
| <b>I. Teil</b>                                                                                                 |       |
| <b>Art und Umfang der öffentlich-rechtlichen Nachbarrechte</b> .....                                           | 17    |
| I. Begriff des Nachbarrechts .....                                                                             | 17    |
| II. Gesetzliche Grundlagen des öffentlich-rechtlichen Nachbarrechts .....                                      | 18    |
| III. Begriff des Nachbarn im öffentlichen Baurecht .....                                                       | 19    |
| 1. Abgrenzung nach der Art der Rechtsstellung .....                                                            | 19    |
| 2. Abgrenzung nach der Reichweite von Beeinträchtigungen .....                                                 | 20    |
| IV. Begriff und Merkmale der subjektiven öffentlichen Rechte .....                                             | 21    |
| V. Geschichtliche Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Nachbarrechte ....                                    | 21    |
| 1. Entwicklung bis zum Erlaß des Grundgesetzes .....                                                           | 21    |
| a) in der Rechtsprechung .....                                                                                 | 21    |
| b) in der Literatur .....                                                                                      | 22    |
| 2. Erweiterung des Kreises der subjektiven öffentlichen Rechte durch das Inkrafttreten des Grundgesetzes ..... | 23    |
| 3. Auswirkungen dieser Entwicklung auf die öffentlich-rechtlichen Nachbarrechte .....                          | 23    |
| a) in der Rechtsprechung .....                                                                                 | 23    |
| b) in der Literatur .....                                                                                      | 24    |
| VI. Regelung im Bundesbaugesetz .....                                                                          | 24    |
| VII. Einzelne nachbarschützende Vorschriften .....                                                             | 26    |
| 1. Stellungnahmen von Rechtsprechung und Literatur .....                                                       | 26    |
| 2. Regelungen der Baunutzungsverordnung .....                                                                  | 27    |
| <b>II. Teil</b>                                                                                                |       |
| <b>Der materielle Schutz der öffentlich-rechtlichen Nachbarrechte</b> .....                                    | 29    |
| I. Beeinträchtigungen von Nachbarrechten .....                                                                 | 29    |
| 1. Baugenehmigungen .....                                                                                      | 29    |
| 2. Ausnahmegewilligungen .....                                                                                 | 30    |
| 3. Befreiungen .....                                                                                           | 30    |
| a) Befreiungen als Verwaltungsakte mit Doppelwirkung .....                                                     | 30    |

|                                                                                                                  | Seite |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| b) Voraussetzungen von Befreiungen .....                                                                         | 30    |
| aa) Die Zumutbarkeit .....                                                                                       | 31    |
| bb) Die Vereinbarkeit mit Art. 14 GG .....                                                                       | 31    |
| 4. Baugenehmigungen ohne die notwendige Befreiung .....                                                          | 32    |
| 5. Bauten der öffentlichen Hand (Zustimmungsverfahren) .....                                                     | 32    |
| 6. Umzonung von Grundstücken .....                                                                               | 34    |
| II. Die Zumutbarkeit als Grenze des materiellen Schutzes der Nachbarrechte .....                                 | 34    |
| 1. Anwendung der zivilrechtlichen Grundsätze über das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis .....                 | 34    |
| 2. Unvereinbarkeit mit Art. 19 Abs. 4 GG .....                                                                   | 35    |
| <br>III. Teil<br>                                                                                                |       |
| <b>Verfahrensrechtliche Fragen des öffentlich-rechtlichen Nachbarrechts</b> .....                                | 35    |
| I. Der Rechtsweg .....                                                                                           | 35    |
| 1. Stellungnahme von Rechtsprechung und Literatur zur Frage des Rechtsweges .....                                | 35    |
| 2. Abgrenzung des Rechtsweges .....                                                                              | 36    |
| 3. Rechtswegkonkurrenz zwischen Verwaltungs- und Zivilrechtsweg ....                                             | 37    |
| II. Die Baunachbarklage als Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage .....                                          | 39    |
| 1. Die Stellungnahme von Rechtsprechung und Literatur zur Frage der Klageart .....                               | 39    |
| 2. Die Bedeutung der Untersuchung .....                                                                          | 40    |
| 3. Die gesetzlich geregelte Interessenlage im Vergleich zur Interessenlage der Baunachbarklage .....             | 41    |
| A. Der vorläufige Rechtsschutz .....                                                                             | 41    |
| a) Der vorläufige Rechtsschutz im System der Anfechtungsklage ...                                                | 41    |
| aa) Die aufschiebende Wirkung gemäß § 80 VwGO .....                                                              | 41    |
| bb) Die Haftung für Schäden aus ungerechtfertigter Klageerhebung .....                                           | 45    |
| b) Der vorläufige Rechtsschutz im System der Verpflichtungsklage .                                               | 47    |
| aa) Die einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO .....                                                            | 47    |
| bb) Die Haftung für Schäden aus ungerechtfertigten einstweiligen Anordnungen .....                               | 48    |
| B. Die Urteilswirkungen .....                                                                                    | 50    |
| a) Die Wirkungen des Aufhebungsurteils .....                                                                     | 50    |
| b) Die Wirkungen des Verpflichtungsurteils .....                                                                 | 51    |
| 4. Ergebnis der Untersuchung .....                                                                               | 51    |
| 5. Eigener Lösungsvorschlag: Die Baunachbarklage als atypische Anfechtungsklage ohne aufschiebende Wirkung ..... | 52    |
| a) Gang der Lösung .....                                                                                         | 52    |

|                                                                                                  | Seite |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| b) Zulässigkeit neuer Klagearten nach der Verwaltungsgerichtsordnung .....                       | 52    |
| c) Der Verwaltungsakt als „Zweckschöpfung“ gestattet die Ausschaltung des Suspensiveffekts ..... | 53    |
| 6. Die Baunachbarklage als Verpflichtungsklage .....                                             | 56    |
| 7. Die Baunachbarklage als typische Anfechtungsklage bei Bauten der öffentlichen Hand .....      | 57    |
| III. Die Baunachbarklage als atypische Anfechtungsklage .....                                    | 58    |
| 1. Die Sachurteilsvoraussetzungen .....                                                          | 58    |
| 2. Die Begründetheit der Klage .....                                                             | 59    |
| a) Sachbefugnis .....                                                                            | 59    |
| b) Rechtswidrigkeit von Befreiungen oder Baugenehmigungen .....                                  | 59    |
| c) Vertrauensschutz des Bauherrn .....                                                           | 59    |
| d) Maßgebender Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Klagebegehrens .....         | 61    |
| 3. Die Erstreckung der Urteilswirkungen auf den Bauherrn .....                                   | 63    |
| IV. Die Baunachbarklage als Verpflichtungsklage .....                                            | 64    |
| 1. Die Sachurteilsvoraussetzungen .....                                                          | 64    |
| 2. Die Begründetheit der Klage .....                                                             | 64    |
| 3. Die Erstreckung der Urteilswirkungen auf den Bauherrn .....                                   | 65    |
| V. Die Baunachbarklage als Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes .....                          | 65    |
| 1. Die Zulässigkeit vorbeugenden Rechtsschutzes .....                                            | 65    |
| 2. Vorbeugender Rechtsschutz im Wege der Unterlassungsklage .....                                | 66    |
| a) Rechtsschutzbedürfnis .....                                                                   | 67    |
| b) Der materiellrechtliche Unterlassungsanspruch .....                                           | 67    |
| 3. Vorbeugender Rechtsschutz im Wege der Feststellungsklage .....                                | 68    |
| a) Feststellungsinteresse .....                                                                  | 68    |
| b) Das feststellungsfähige Rechtsverhältnis .....                                                | 68    |

#### IV. Teil

|                                                                                                  |           |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Ansprüche gegen die Bauverwaltung auf Beseitigung materiell rechtswidriger Bauwerke .....</b> | <b>69</b> |
| I. Folgenbeseitigungsansprüche .....                                                             | 69        |
| 1. Der materiellrechtliche Anspruch .....                                                        | 69        |
| 2. Die prozessuale Geltendmachung .....                                                          | 70        |
| II. Baurechtliche Ansprüche .....                                                                | 70        |
| 1. Der materiellrechtliche Anspruch .....                                                        | 70        |
| 2. Die prozessuale Geltendmachung .....                                                          | 72        |
| <b>Schluß — Zusammenfassung der Probleme der Baunachbarklage .....</b>                           | <b>72</b> |



# Verzeichnis des benutzten Schrifttums

- Althammer, W., Zur Rechtskraftwirkung verwaltungsgerichtlicher Urteile, NJW 1959 Seite 2046
- Bachof, O., Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung, 1951 (zitiert: Vornahmeklage)
- Bachof, O., Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Teil 1 und 2, 1963 (zitiert: Rechtsprechung)
- Bachof, O., Der maßgebende Zeitpunkt für die gerichtliche Beurteilung von Verwaltungsakten, JZ 1954 Seite 416
- Bachof, O., Zur maßgeblichen Rechts- und Sachlage bei Anfechtungs- und Vornahmeklagen, JZ 1958 Seite 301
- Bachof, O., Entscheidungsanmerkung, in: MDR 1950 Seite 375
- Bachof, O., Entscheidungsanmerkung, in: DVBl 1961 Seite 128
- Baltz-Fischer, Preußisches Baupolizeirecht, 6. Auflage, 1934
- Bauer, W., Entscheidungsanmerkung, in: SJZ 1947 Spalte 393
- Baumbach-Lauterbach, Zivilprozeßordnung, 26. Auflage, 1961
- Bernhardt, R., Zur Anfechtung von Verwaltungsakten durch Dritte, JZ 1963 Seite 302
- Bettermann, K. A., Klagebefugnis und Aktivlegitimation im Anfechtungsprozeß, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum 10jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. II, 1963, Seite 449 ff (zitiert: Jubiläumsschrift)
- Bettermann, K. A., Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Handbuch der Grundrechte Bd. III Teil 2 (zitiert: Handbuch Band III 2)
- Bettermann, K. A., Verwaltungsakt und Rechtsmittelbescheid als Gegenstand der Anfechtungsklage, NJW 1958 Seite 81
- Bettermann, K. A., Kein Folgenbeseitigungsanspruch bei Wiedereinweisung des Räumungsschuldners? MDR 1957 Seite 130
- Bettermann, K. A., Gewerberechtliche Nachbarklage? NJW 1961 Seite 1097
- Bettermann, K. A., Zivilgerichtlich verfolgbarer Schadensersatzanspruch bei unberechtigter Verwaltungsvollstreckung? JZ 1960 Seite 335
- Bettermann, K. A., Entscheidungsanmerkung, in: JZ 1960 Seite 545
- Bettermann, K. A., Die Verpflichtungsklage nach der Verwaltungsgerichtsordnung, NJW 1960 Seite 649
- Blümel, W., Ungereimtheiten beim Rechtsschutz gegen Planfeststellungen, DÖV 1959 Seite 665

- Blümel, W., Die Bauplanfeststellung, Erster Teil: Die Planfeststellung im preußischen Recht und im Reichsrecht, 1961, in: res publica, Beiträge zum Öffentlichen Recht, herausgegeben von Professor Dr. Ernst Forsthoff, Bd. 5 (zitiert: res publica)
- Böhm, O., Nochmals: Die baurechtliche Behandlung öffentlicher Bauten, DVBl 1959 Seite 726
- Brügelmann-Förster-Grauvogel-Kopp-Oedekoven-Pohl-Stahnke, Bundesbaugesetz, Kommentar, Stand 1964 (zitiert: Brügelmann-Grauvogel)
- Bühler, O., Die subjektiven öffentlichen Rechte und ihr Schutz in der deutschen Verwaltungsrechtsprechung, 1914 (zitiert: Die subjektiven öffentlichen Rechte)
- Bühler, O., Altes und Neues über Begriff und Bedeutung der subjektiven öffentlichen Rechte, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955 (zitiert: Gedächtnisschrift)
- Czermak, F., Entscheidungsanmerkung, in: NJW 1962 Seite 1265
- De Clerck, H., Vorläufiger Rechtsschutz Dritter gegen begünstigende Verwaltungsakte, DÖV 1964 Seite 152
- De Clerck, H., Aufschiebende Wirkung der Anfechtung von Verwaltungsakten, NJW 1961 Seite 2233
- De Clerck, H., Zur maßgeblichen Sach- und Rechtslage im Verwaltungsstreitverfahren, NJW 1959 Seite 968
- Dörffler, W., Verwaltungsakte mit Drittwirkung, NJW 1963 Seite 14
- Drews-Wacke, Allgemeines Polizeirecht, 7. Auflage 1961
- Evers, H.-U., Die Nachbarklage im Baurecht, JuS 1962 Seite 87
- Eyermann-Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Auflage, 1962
- Fenge, H., Die verwaltungsgerichtliche Feststellungsklage bei drohenden Verwaltungsakten, DÖV 1956 Seite 392
- Fickert, H. C., Bauvorhaben, Baunutzung, Baunachbarrecht, Systematische Erläuterung der §§ 29—39 des Bundesbaugesetzes sowie der Baunutzungsverordnung, Taschenkommentar, 1962
- Forsthoff, E., Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Band Allgemeiner Teil, 8. Auflage, 1961
- Fromm, G., Die einstweilige Erlaubnis im Personenbeförderungsrecht, DVBl 1962 Seite 801
- Fromm, G., Hat die Anfechtungsklage des Nachbarn gegen die Bauerlaubnis aufschiebende Wirkung? BB 1962 Seite 985
- Fromm, G., Entscheidungsanmerkung, in: DVBl 1963 Seite 564
- Fromm, G., Zum Suspensiveffekt bei der Nachbarklage und in vergleichbaren Fällen, DVBl 1966 Seite 241.
- v. Gehe, Inwieweit lassen sich aus dem Allgemeinen Baugesetze subjektive öffentliche Rechte ableiten? Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung Bd. 39 (1911) Seite 97 ff
- Gelzer, K., Zweifelsfragen zur Nachbarklage im öffentlichen Recht, NJW 1959 Seite 1905
- Gelzer, K., Die Klage des Nachbarn wegen störender Bauvorhaben im öffentlichen Recht, NJW 1958 Seite 325
- Gelzer, K., Zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage, DÖV 1965, Seite 793

- Glaser-Dröschel, Das Nachbarrecht in der Praxis, 1961
- Groschupf, O., Nochmals: Welcher Zeitpunkt ist für die verwaltungsgerichtliche Entscheidung maßgebend? NJW 1962 Seite 1806
- Haueisen, F., Die Rücknahme fehlerhafter Verwaltungsakte, NJW 1954 Seite 1425
- Haueisen, F., Verwaltungsakte mit Dauerwirkung, NJW 1958 Seite 1065
- Haueisen, F., Die Bedeutung der Rechtskraft verwaltungsgerichtlicher Urteile, NJW 1960 Seite 313
- Haueisen, F., Voraussetzungen und Folgen der Rechtswidrigkeit eines Verwaltungsaktes, NJW 1962 Seite 335
- Haueisen, F., Die Einbeziehung Dritter in öffentlich-rechtliche Unterordnungsverhältnisse, DVBl 1962 Seite 547
- Haueisen, F., Verwaltungsakte mit mehreren Betroffenen, NJW 1964 Seite 2037
- Haueisen, F., Entscheidungsanmerkung, in: DVBl 1957 Seite 506
- Hegel, H., Kann mit der Verpflichtungsklage auch die Verurteilung zur Vornahme einer sog. Amtshandlung begehrt werden? JZ 1963 Seite 15
- Heintze, R., Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden Verwaltungsakten, NJW 1963 Seite 1430
- Heitzer-Oestreicher, Bundesbaugesetz, Kommentar, 1962
- Henke, W., Das subjektive öffentliche Recht auf Eingreifen der Polizei, DVBl 1964 Seite 649
- Huber, E. R., Wirtschaftsverwaltungsrecht, Band I, 2. Auflage, 1953
- Ipsen, H. P., Diskussionsbeitrag zu: Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL Heft 18 Seite 181 f
- Jaeckel, O., Die Bauordnungen für Berlin und für die ehemaligen Vororte von Berlin, in: Berlin und seine Bauten, Teil II, 1964
- Jaeckel-Förster, Bauordnung für Berlin, Ausgabe 1959
- Janicki, H., Die Erteilung privatrechtsgestaltender behördlicher Genehmigungen nach unanfechtbarer Versagung, NJW 1963 Seite 838
- Jellinek, Walter, Verwaltungsrecht, 3. Auflage, 1931
- Jellinek, Georg, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Auflage, 1919, Neudruck 1964
- Jung, H., Vollzugsfähigkeit behördlicher Erlaubnisse, NJW 1961 Seite 159
- Kammer, Entscheidungsanmerkung, in: DVBl 1953 Seite 612
- Kellner, H., Zum gerichtlichen Rechtsschutz im besonderen Gewaltverhältnis, DÖV 1963 Seite 418
- Kellner, H., Zur technischen Bewältigung der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel, in: Juristen-Jahrbuch Band 5, 1964/65
- Klinger, H., Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Auflage, 1964
- Kniestedt, K., Nachbarklage und nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis, DÖV 1962 Seite 89
- Köhler, Heinz, Der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der verwaltungsgerichtlichen Aufhebungsklage, DVBl 1959 Seite 650
- Koehler, Alexander, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 1960

- Krüger, Ausnahmegewilligung und Widerspruch des Nachbarn im Baurecht, Fischers Zeitschrift für Praxis und Gesetzgebung der Verwaltung, Bd. 34 (1908) Seite 269 ff
- Krzizek, Das öffentliche Nachbarrecht, 1959
- Lamberg, G., Der Widerspruch des Nachbarn im Baurecht, NJW 1963 Seite 2154
- Liebermann, E., Die Jahrestagung 1965 der Vereinigung der Verwaltungsgerichtspräsidenten für das Bundesgebiet, DVBl 1966 Seite 171 (173 — Beiträge zum Thema: „Der Dritte im Baurecht“)
- Löwer, K., Haben unzulässige Rechtsbehelfe aufschiebende Wirkung (§ 80 I VwGO)? DVBl 1963 Seite 343
- Lorenz, R., Zur Frage der „Zumutbarkeit“ bei rechtswidriger Verletzung subjektiv-öffentlicher Nachbarrechte, DÖV 1964 Seite 480
- Mangels, G., Die Aufhebung des rechtswidrigen Vollzuges angefochtener Verwaltungsakte, NJW 1961 Seite 351
- v. Mangoldt-Klein, Das Bonner Grundgesetz, Bd. I, 2. Auflage, 1957
- Martens, W., Zum Rechtsanspruch auf polizeiliches Handeln, JuS 1962 Seite 245
- Maunz-Dürig, Grundgesetz, Kommentar
- Mayer, Otto, Deutsches Verwaltungsrecht, 1. Band, 3. Auflage, 1924
- Meisner-Stern-Hodes, Bundesnachbarrecht, 4. Auflage, 1964
- Menger, Ch.-F., System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954 (zitiert: System)
- Menger, Ch.-F., Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Handbuch der Grundrechte, Bd. III, Teil 2 (zitiert: Handbuch Bd. III 2)
- Menger, Ch.-F., Allgemeine Prozeßrechtssätze in der Verwaltungsgerichtsordnung, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum 10jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. II, 1963, Seite 427 ff (zitiert: Jubiläumsschrift)
- Menger, Ch.-F., Höchsttrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, Verwaltungs-Archiv Bd. 49 Seite 272 ff; Bd. 50 Seite 193 ff; Bd. 51 Seite 373 ff; Bd. 52 Seite 92 ff
- Meyer, Klaus, Der Nachbar im öffentlichen Baurecht, DWW 1962 Seite 133
- Meyer, Klaus, Nochmals: Der Widerspruch des Nachbarn im Baurecht, NJW 1964 Seite 710
- Müller-Neuffer-Weinisch, Die Baunutzungsverordnung, Kommentar, 1963
- Mussgnug, R., Der Dispens von gesetzlichen Vorschriften, 1964, Heidelberger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Neue Folge, 13. Abhandlung
- Naumann, R., Streitigkeiten des öffentlichen Rechts, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit und zum 10jährigen Bestehen des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. II, 1963, Seite 365 ff (zitiert: Jubiläumsschrift)
- Naumann, R., Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, in: Gedächtnisschrift für W. Jellinek, 1955, Seite 391 ff (zitiert: Gedächtnisschrift)
- Obermayer, K., Zur Rechtsstellung des Nachbarn im Baurecht und zum Folgenbeseitigungsanspruch — OVG Lüneburg, DÖV 1962 Seite 467, JuS 1963 Seite 110

- Obermayer, K., Die baurechtliche Behandlung öffentlicher Bauten, DVBl 1958 Seite 419
- v. Oertzen, H.-J., Entscheidungsanmerkung, in: NJW 1962 Seite 1172
- Ossenbühl, F., Die Rücknahme fehlerhafter begünstigender Verwaltungsakte, 1964, Neue Kölner Rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Heft 29
- Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 23. Auflage, 1964
- Pietzonka, Der baurechtliche Dispens, NJW 1957 Seite 1582
- Pietzonka, Der Nachbar im Baurecht, NJW 1954 Seite 1181
- Piutti, Vom Kapitel der Baudispense in Preußen, Pr. VBl. Jahrgang 1930 Seite 551
- Pohle, R., Zur Lehre vom Rechtsschutzbedürfnis, in: Festschrift für F. Lent, 1957, Seite 195 ff
- Quaritsch, H., Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, Verw.Arch. Bd. 51 Seite 210 ff
- Rasch, E., Die Aussetzung der Vollziehung von Verwaltungsakten durch die Verwaltungsgerichte, DÖV 1952 Seite 398
- Redeker, K., Nachbarklage — öffentlich-rechtlich oder zivilrechtlich? NJW 1959 Seite 749
- Redeker, K., Die notwendige Beiladung im Aussetzungsverfahren, DVBl 1954 Seite 419
- Redeker, K., Entscheidungsanmerkung, in: DVBl 1962 Seite 220
- Redeker-v. Oertzen, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Auflage, 1965
- Reichsgerichtsräte-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. III, 1. Teil, 11. Auflage, 1959
- Ringe, K., Zur Unterlassungs- und Beseitigungsklage bei Verwaltungsakten und einfachen Verwaltungshandlungen, DVBl 1958 Seite 378
- Ruckdäschel, O., Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, DÖV 1961 Seite 675
- Rupp, H. H., Die Beseitigungs- und Unterlassungsklage gegen Träger hoheitlicher Gewalt, DVBl 1958 Seite 113
- Rupp, H. H., Zur neuen Verwaltungsgerichtsordnung: Gelöste und ungelöste Probleme, AöR Bd. 85 Seite 149, 301
- Rupp, H. H., Entscheidungsanmerkung, in: DVBl 1959 Seite 210
- Rüfner, W., Materiellrechtliche Voraussetzungen und Grenzen des nachbarschädlichen Baudispenses, DVBl 1963 Seite 609
- Schäfer, Gerhard, Der Widerruf begünstigender Verwaltungsakte, 1960, Marburger Rechts- und Staatswissenschaftliche Abhandlungen, Reihe A, Bd. 5
- Schäfer, Walter, Die Klagearten nach der Verwaltungsgerichtsordnung, DVBl 1960 Seite 837
- Schäfer, Walter, Hat die Anfechtungsklage des von einem begünstigenden Verwaltungsakt benachteiligten Dritten aufschiebende Wirkung? DVBl 1962 Seite 844
- Schneeberger, J., Ordnungsbehördliches Ermessen und Rechtsanspruch auf Eingriffe gegen Dritte, in: Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 13 Seite 77 ff
- Schneider, H., Entscheidungsanmerkung, in: DVBl 1949 Seite 157
- Schönke, A., Das Rechtsschutzbedürfnis, Studien zu einem zivilprozessualen Grundbegriff, Prozeßrechtliche Abhandlungen Heft 17, 1950

- Schrödter, H., Bundesbaugesetz, Kommentar, 1964
- Schröer, H. H., Gedanken zur öffentlich-rechtlichen Nachbarklage, DOV 1966 Seite 228
- Schunck-De Clerck, Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 1961
- Schütz-Frohberg, Bundesbaugesetz, Kommentar, 2. Auflage, 1962
- Sellmann, M., Entwicklung und Problematik der öffentlich-rechtlichen Nachbarklage im Baurecht, DVBl 1963 Seite 273
- Sellmann, M., Die Problematik der Verwaltungsakte mit Doppelwirkung, NJW 1964 Seite 1545
- Seuffert, G., Entscheidungsanmerkung, in: NJW 1959 Seite 1184
- Siegmund-Schultze, G., Die Bedeutung des Suspensiveffekts bei der Anfechtung von Verwaltungsakten, DVBl 1963 Seite 745
- Soergel-Siebert, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 9. Auflage Bd. I, 1959; Bd. II, 1962; Bd. III, 1960
- Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Zivilprozeßordnung, Kommentar, 18. Auflage
- Theuerkauf, H., Abänderung unanfechtbarer Verwaltungsakte und Drittinteresse, DVBl 1964 Seite 386
- v. Turegg, K. E., Zum Widerruf von Verwaltungsakten, JR 1952 Seite 18
- Ule, C. H., Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. I, 2. Halbband, Kommentar, 2. Auflage, 1962
- Ule, C. H., Verwaltungsprozeßrecht, Studienbuch, 2. Auflage, 1961
- Weides, P., Verwaltungsakt und Widerspruchsbescheid in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, JuS 1964 Seite 275
- Weyreuther, F., Die Beiladung des Nachbarn im Verwaltungsstreitverfahren des Bauunternehmers, MDR 1956 Seite 518
- Widtmann, Entscheidungsanmerkung, in: ZBR 1960 Seite 387
- Witten, E., Die Zulässigkeit des Verwaltungsrechtsweges und die Praktikabilität des Grundgesetzes, NJW 1961 Seite 753
- Wolff, Hans J., Verwaltungsrecht I, Studienbuch, 5. Auflage, 1963
- Wolff, Hans J., Verwaltungsrecht II, Studienbuch, 1962
- M. Wolff-Raiser, Lehrbuch des Sachenrechts, 10. Bearbeitung, 1957

# Abkürzungsverzeichnis

|            |                                                               |
|------------|---------------------------------------------------------------|
| a.A.       | = anderer Ansicht                                             |
| a.a.O.     | = am angegebenen Ort                                          |
| Abs.       | = Absatz                                                      |
| Amtl.Begr. | = Amtliche Begründung                                         |
| Anm.       | = Anmerkung                                                   |
| AöR        | = Archiv des öffentlichen Rechts                              |
| Art.       | = Artikel                                                     |
| Bd.        | = Band                                                        |
| BauNVO     | = Baunutzungsverordnung                                       |
| BauO       | = Bauordnung                                                  |
| BRS        | = Baurechtssammlung                                           |
| BayVBl     | = Bayerische Verwaltungsblätter                               |
| BayerVGH   | = Bayerischer Verwaltungsgerichtshof                          |
| BB         | = Betriebsberater                                             |
| betr.      | = betreffend                                                  |
| bzw.       | = beziehungsweise                                             |
| BGB        | = Bürgerliches Gesetzbuch                                     |
| BBauG      | = Bundesbaugesetz                                             |
| BBauBl     | = Bundesbaublatt                                              |
| BGBI       | = Bundesgesetzblatt (Teil I)                                  |
| BGH        | = Bundesgerichtshof                                           |
| BGHZ       | = Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen       |
| BSG        | = Bundessozialgericht                                         |
| BT-Drucks. | = Drucksachen des Deutschen Bundestages (Wahlperiode, Nummer) |
| BVerfG     | = Bundesverfassungsgericht                                    |
| BVerwG     | = Bundesverwaltungsgericht                                    |
| ders.      | = derselbe                                                    |
| desgl.     | = desgleichen                                                 |
| Deut.      | = Deutschen                                                   |
| DÖV        | = Die Öffentliche Verwaltung                                  |
| DVBl       | = Deutsches Verwaltungsblatt                                  |
| DWW        | = Deutsche Wohnungswirtschaft                                 |

|              |                                                                                                                                                                                                    |
|--------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Einl.        | = Einleitung                                                                                                                                                                                       |
| Entw.        | = Entwurf                                                                                                                                                                                          |
| Erl.         | = Erläuterung                                                                                                                                                                                      |
| ff.          | = fortfahrend                                                                                                                                                                                      |
| GG           | = Grundgesetz                                                                                                                                                                                      |
| GVBl         | = Gesetz- und Verordnungsblatt                                                                                                                                                                     |
| Handb.       | = Handbuch                                                                                                                                                                                         |
| Hans.OLG     | = Hanseatisches Oberlandesgericht                                                                                                                                                                  |
| HessVGH      | = Hessischer Verwaltungsgerichtshof                                                                                                                                                                |
| h.L.         | = herrschende Lehre                                                                                                                                                                                |
| h.M.         | = herrschende Meinung                                                                                                                                                                              |
| i.V.mit      | = in Verbindung mit                                                                                                                                                                                |
| Jahrb.       | = Jahrbuch                                                                                                                                                                                         |
| JR           | = Juristische Rundschau                                                                                                                                                                            |
| JuS          | = Juristische Schulung                                                                                                                                                                             |
| JW           | = Juristische Wochenschrift                                                                                                                                                                        |
| JZ           | = Juristenzeitung                                                                                                                                                                                  |
| LG           | = Landgericht                                                                                                                                                                                      |
| LVG          | = Landesverwaltungsgericht                                                                                                                                                                         |
| LVG Oldenbg. | = Landesverwaltungsgericht Oldenburg                                                                                                                                                               |
| MDR          | = Monatsschrift für Deutsches Recht                                                                                                                                                                |
| n.F.         | = neue Folge                                                                                                                                                                                       |
| NJW          | = Neue Juristische Wochenschrift                                                                                                                                                                   |
| OLG          | = Oberlandesgericht                                                                                                                                                                                |
| OVG          | = Oberverwaltungsgericht                                                                                                                                                                           |
| OVG Hambg.   | = Oberverwaltungsgericht Hamburg                                                                                                                                                                   |
| OVG Lünebg.  | = Oberverwaltungsgericht Lüneburg                                                                                                                                                                  |
| OVG Mstr.    | = Oberverwaltungsgericht Münster                                                                                                                                                                   |
| Pr.OVG       | = Preußisches Oberverwaltungsgericht                                                                                                                                                               |
| PrVBl        | = Preußisches Verwaltungsblatt                                                                                                                                                                     |
| PVG          | = (Preußisches) Polizeiverwaltungsgesetz                                                                                                                                                           |
| RG           | = Reichsgericht                                                                                                                                                                                    |
| RGZ          | = Entscheidungssammlung des Reichsgerichts in Zivilsachen                                                                                                                                          |
| RGBI         | = Reichsgesetzblatt                                                                                                                                                                                |
| RGRK         | = Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes, Kommentar herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern |
| RNr.         | = Randnummer                                                                                                                                                                                       |
| Sächs.OVG    | = Sächsisches Oberverwaltungsgericht                                                                                                                                                               |
| S.           | = Seite                                                                                                                                                                                            |
| SJZ          | = Süddeutsche Juristenzeitung                                                                                                                                                                      |

|                 |                                                                       |
|-----------------|-----------------------------------------------------------------------|
| u.a.            | = unter anderem                                                       |
| usw.            | = und so weiter                                                       |
| u.U.            | = unter Umständen                                                     |
| VA              | = Verwaltungsakt                                                      |
| Verw.Arch.      | = Verwaltungsarchiv                                                   |
| VG              | = Verwaltungsgericht                                                  |
| VG Stuttg.      | = Verwaltungsgericht Stuttgart                                        |
| VGH             | = Verwaltungsgerichtshof                                              |
| vgl.            | = vergleiche                                                          |
| Vorbem.         | = Vorbemerkung                                                        |
| VVDStRL         | = Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer |
| VwGO            | = Verwaltungsgerichtsordnung                                          |
| VwRspr.         | = Verwaltungsrechtsprechung (Band, Seite)                             |
| WM              | = Wertpapiermitteilungen                                              |
| WP.             | = Wahlperiode                                                         |
| Württ.-Bad. VGH | = Württemberg-Badischer Verwaltungsgerichtshof                        |
| z.B.            | = zum Beispiel                                                        |
| ZPO             | = Zivilprozeßordnung                                                  |
| z.T.            | = zum Teil                                                            |



## **Einleitung – Problem**

Die Baunachbarklage im öffentlichen Recht ist infolge der regen Bautätigkeit ein aktuelles Thema von praktischer Bedeutung. Grundstücke dürfen grundsätzlich nur entsprechend den Festsetzungen der Bebauungspläne über die Art und das Maß der baulichen Nutzung und mit einer Bauerlaubnis bebaut werden. Häufig wollen Bauwillige jedoch ihr Grundstück abweichend von der zulässigen Art oder über das zulässige Maß hinaus bebauen und erhalten dafür von der zuständigen Baugenehmigungsbehörde eine Befreiung (§ 31 Abs. 2 BBauG) von entgegenstehenden Festsetzungen. Dadurch können Nachbarn beeinträchtigt werden. Folgendes Beispiel veranschaulicht das:

In einem reinen Wohngebiet ist nach dem Bebauungsplan nur die Errichtung von höchstens zweigeschossigen Gebäuden zulässig. Der Eigentümer eines noch unbebauten Grundstücks beabsichtigt, ein achtgeschossiges Mietwohnhaus bzw. ein Gewerbegebäude zu errichten. Die Baugenehmigungsbehörde erteilt ihm eine Befreiung von den entgegenstehenden Baubeschränkungen. Als Folge der Errichtung des Gebäudes würde das Aussehen der näheren Umgebung verändert und die Nachbarn durch die Beschränkung der Aussicht beeinträchtigt werden. Der Verkehrswert benachbarter Grundstücke könnte außerdem gemindert werden.

In diesem Fall ergibt sich die Frage, ob sich die Nachbarn gegen die erteilte Befreiung oder das Bauvorhaben durch Klage vor den Verwaltungsgerichten gegen die Baugenehmigungsbehörde oder den Bauherrn erfolgreich wehren können.

Das setzt voraus, daß Festsetzungen von Bebauungsplänen dem Nachbarnschutz zu dienen bestimmt sind. Wäre das der Fall, dann würden sich eine Reihe prozessualer Fragen ergeben, u. a. danach, ob sachgerechter Rechtsschutz im Wege der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage zu gewähren ist. Diese Frage ist insbesondere wegen des je nach Klageart gewährten vorläufigen Rechtsschutzes — § 80 oder § 123 VwGO — von erheblicher Bedeutung; vor allem wegen der Regelung der Schadensersatzansprüche zugunsten des Bauwilligen bzw. Bauherrn, falls die Klage im Endergebnis abgewiesen wird, ihm inzwischen aber durch eine Verzögerung der Bauausführung durch die Klageerhebung ein Schaden entstanden ist.

### **I. Teil**

## **Art und Umfang der öffentlich-rechtlichen Nachbarrechte**

### **I. Begriff des Nachbarrechts**

Das Nachbarrecht ist der Inbegriff der Normen, die den Inhalt des Eigentums zum Zwecke des Ausgleichs widerstreitender Interessen der angrenzenden Grundstücks-

eigentümer bestimmen<sup>1)</sup>). Ursprünglich gehörten dazu nur die privatrechtlichen Tatbestände des baulichen Nachbarrechts. Hodes<sup>2)</sup> beschränkt den Begriff des Nachbarrechts weiterhin auf zivilrechtliche Vorschriften, denen er das öffentlich-rechtliche Baurecht gegenüberstellt.

Ein Interessenausgleich zwischen angrenzenden Grundstückseigentümern findet aber auch im öffentlich-rechtlichen Baurecht statt<sup>3)</sup>).

Darauf weisen bereits die §§ 1 Abs. 4, 31 Abs. 2 BBauG, §§ 24 Abs. 3, 15 Abs. 1 BauNVO hin, in denen das Gesetz von der Abwägung privater Belange, der Würdigung nachbarlicher Interessen und dem Schutz der „Umgebung“, d. h. in erster Linie wiederum der Nachbarn, vor unzumutbaren Störungen spricht. Welche Rechte im einzelnen dem genannten Interessenausgleich dienen, bleibt der Untersuchung über das Bestehen subjektiv-öffentlicher Nachbarrechte vorbehalten. Soweit Bestimmungen des öffentlichen Baurechts dem Interessenausgleich der angrenzenden Grundstückseigentümer untereinander dienen, sind sie Bestandteil des Nachbarrechts. Es handelt sich allerdings um einen Teilbereich davon, das öffentlich-rechtliche Nachbarrecht. Der enge Zusammenhang zwischen privatem und öffentlich-rechtlichem Nachbarrecht rechtfertigt den Gebrauch des Oberbegriffes Nachbarrecht<sup>4)</sup>, denn der Regelungsgegenstand ist derselbe, das Eigentum<sup>5)</sup>.

## II. Gesetzliche Grundlagen des öffentlich-rechtlichen Nachbarrechts

Die wesentlichen Grundlagen des öffentlichen Baurechts sind das Bundesbaugesetz vom 23. 6. 1960<sup>6)</sup>, die Baunutzungsverordnung vom 26. 6. 1962<sup>7)</sup> und die in den Bundesländern oder Gemeinden jeweils geltenden Bauordnungen<sup>8)</sup>.

Das Bundesbaugesetz schreibt vor, welche Festsetzungen Bauleitpläne und Bebauungspläne enthalten müssen. Bei den Bebauungsplänen sind das nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 a und b die Art und das Maß der baulichen Nutzung sowie die Bauweise.

Die Baunutzungsverordnung konkretisiert diese Erfordernisse. Sowohl das Bundesbaugesetz als auch die Benutzungsverordnung regeln jedoch insoweit die Bebauung von Grundstücken nicht unmittelbar, sondern verpflichten die Bauplanungsbehörden.

Die Bebauung von Grundstücken regeln erst die Bebauungspläne. Diese sind ihrer Rechtsnatur nach Satzungen, § 10 BBauG. Sie enthalten die rechtsverbindliche Festsetzung für die städtebauliche Ordnung und bilden die Grundlage für den Vollzug der nach dem Bundesbaugesetz erforderlichen Maßnahmen, § 8 I BBauG.

Auf einigen Sondergebieten dürfen Anlagen nur errichtet werden, wenn der Plan vorher festgestellt worden ist. Als Beispiel sei § 17 Bundesfernstraßengesetz angeführt. Diese sonderrechtlichen Planungen und Planfeststellungsverfahren haben, soweit sie in § 38 BBauG aufgeführt sind, gegenüber der örtlichen städtebaulichen Planung den

<sup>1)</sup> Wolff-Raiser, § 53 S. 188; Meisner-Stern-Hodes, Einl. S. 3, Meyer, DWW 62/133; Begr. zum Entwurf des BBauG, BT-Drucksache 336, 3. WP, S. 107.

<sup>2)</sup> Meisner-Stern-Hodes S. 810.

<sup>3)</sup> Schäfer, DVBl 62/844 (845); Krzizek, S. 9.

<sup>4)</sup> Entw. zum BBauG, BT-Drucksache 336, 3. WP., S. 108; Krzizek, S. 12.

<sup>5)</sup> BVerwG, NJW 65/551 (552).

<sup>6)</sup> BGBl I S. 341.

<sup>7)</sup> BGBl I S. 429.

<sup>8)</sup> Jaeckel, Bauordnungen, S. 27.

Vorrang und sind nachrichtlich in die Bebauungspläne zu übernehmen, § 9 Abs. 4 BBauG<sup>8a)</sup>).

Die Bebauungspläne sind auch die Rechtsquelle des öffentlich-rechtlichen Nachbarrechts. Außer den Bebauungsplänen kommt das Bauordnungsrecht in Betracht. Es umfaßt das Baupolizeirecht im herkömmlichen Sinne und ist wegen der fehlenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 74 Nr. 18 GG) landesgesetzlich geregelt<sup>9)</sup>. Zum Regelungsbereich des Bauordnungsrechts, der nach dem Ausscheiden des Planungsrechts nach dem Erlaß des Bundesbaugesetzes verblieben ist, gehören u. a. die Aufgaben der Gefahrenabwehr und der Baugestaltung<sup>10)</sup>. Beide Komplexe könnten wenigstens teilweise Bestandteile des Nachbarrechts sein. Bei der Baugestaltung liegt diese Möglichkeit nahe. Die Vorschriften über die Gefahrenabwehr können dagegen wohl nur insoweit nachbarrechtliche Bedeutung haben, als sie der Durchsetzung der nachbarrechtlichen Bestimmungen dienen.

### III. Begriff des Nachbarn im öffentlichen Baurecht

Zunächst ist der Personenkreis abzugrenzen, dem Nachbarrechte zustehen können. Die Nachbareigenschaft ist eine Voraussetzung für das Bestehen von Nachbarrechten. Eine Abgrenzung kann nach der Art der Berechtigung einer Person und örtlich nach der Reichweite von Beeinträchtigungen, die von einem Bauwerk ausgehen, erfolgen.

1. Schrifttum und Rechtsprechung fassen den Begriff des Nachbarn nach der Art der Rechtsstellung verschieden weit. Teilweise wird er auf Grundstückseigentümer beschränkt<sup>11)</sup>, teilweise werden auch die den Eigentümern weitgehend gleichgestellten Erbbauberechtigten, Wohnungseigentümer und Nießbraucher einbezogen<sup>12)</sup>. Weitergehend werden vereinzelt den Grundstückseigentümern „sonstige“ dingliche Berechtigte<sup>13)</sup>, zu denen auch Grundpfandgläubiger gehören, allgemein, sowie Mieter<sup>14)</sup> und Pächter<sup>15)</sup> gleichgestellt.

Als Nachbarn im Sinne des öffentlichen Baurechts sind nur Eigentümer, Erbbauberechtigte, Wohnungseigentümer und Nießbraucher anzusehen, weil ihre Rechte in die Freiheit und Bindung der Raumordnung einbezogen werden und sie kraft eigenen dinglichen Rechts zum Bauen befugt sind. Nur diese Personen treffen die Vor- und Nachteile planungsrechtlicher Bestimmungen unmittelbar. Zwar werden auch die Mieter und Pächter betroffen, jedoch nur mittelbar in der Weise, daß sie eventuell ihnen zustehende vertragliche Rechte nicht ausüben können oder tatsächlich beeinträchtigt werden. In ähnlicher Weise werden Grundpfandgläubiger nur mittelbar betroffen, indem ihr Pfandgegenstand, an dem ihnen ein dingliches Verwertungsrecht zusteht<sup>16)</sup> durch ein Abweichen von planungsrechtlichen Festsetzungen im Wert gemindert und ihr finanzielles Risiko vergrößert werden kann.

<sup>8a)</sup> Zur Geschichte der Planfeststellungsverfahren vgl. Blümel, res publica.

<sup>9)</sup> BVerfG 3/407 (434).

<sup>10)</sup> Jaekel, S. 27 (Nr. XIV).

<sup>11)</sup> Brügmann-Grauvogel, § 31 Anm. 3 a, cc; Pietzonka, NJW 54/1181 (1182).

<sup>12)</sup> Meyer, DWW 62/133 (138); Böhm, DVBl 59/726 (729); Fickert, § 31 Anm. 5 c; Obermayer, JuS 63/110 — der Eigentümer bzw. Verfügungsberechtigte einbezieht; VG Düsseldorf, Thiel BRS 10 V A 4 S. 126.

<sup>13)</sup> OVG Mstr., NJW 65/170 (171); Dörfler, NJW 63/14 (17) Fußnote 43.

<sup>14)</sup> Sellmann, DVBl 63/273 (280).

<sup>15)</sup> VG Stuttgart, DVBl 51/612.

<sup>16)</sup> Soergel-Baur, Vorbem. 1 zu § 1113.

Prozessuale Gesichtspunkte kommen für die Abgrenzung des Personenkreises nicht in Betracht, weil es sich um einen materiellrechtlichen Begriff handelt. Es erscheint deshalb verfehlt, den Nachbarbegriff mit dem Hinweis auf Gefahren für die Rechtssicherheit einzuengen<sup>17)</sup> oder, um einem tatsächlich betroffenen Mieter eine „Klagemöglichkeit“ zu eröffnen<sup>18)</sup>, zu erweitern.

2. In örtlicher Hinsicht kann der Nachbarbegriff auf die Berechtigten angrenzender, an Straßen gegenüber liegender oder aller in demselben Planungsgebiet liegender Grundstücke bezogen werden. Auszugehen ist davon, daß das öffentlich-rechtliche Nachbarrecht ebenso wie das bürgerlich-rechtliche Störungen verhindern soll.

Es bietet sich deshalb eine Parallele zu dem Nachbarbegriff des bürgerlichen Rechts an. Rechtsprechung und Literatur haben als Nachbarn im Sinne der §§ 907<sup>19)</sup> und 909<sup>20)</sup> BGB die Eigentümer aller Grundstücke angesehen, die im unmittelbaren Einwirkungsbereich einer gefährlichen Anlage oder Vertiefung liegen.

Das Reichsgericht hat die Nachbareigenschaft im Sinne des § 909 BGB noch bei einer Entfernung von über 1000 m angenommen<sup>21)</sup>. Als entscheidend für die örtliche Erstreckung der Nachbareigenschaft wurde der Schutzzweck der jeweils angewandten Norm angesehen<sup>22)</sup>.

Gleiche Überlegungen sind für das öffentlich-rechtliche Nachbarrecht anzustellen. Beeinträchtigungen der Umgebung durch ein Bauwerk, die das öffentliche Baurecht verhindern will, beschränken sich nicht immer nur auf ein angrenzendes Grundstück. Das wird zwar bei der Überschreitung von Abstandsvorschriften regelmäßig der Fall sein<sup>23)</sup>, jedoch kann ein Bauwerk, das die zulässige Gebäudehöhe, Geschosßzahl, bebaubare Grundstücksfläche, Bebauungstiefe oder Frontlänge überschreitet, auch die Eigentümer und diesen gleichgestellte Berechtigte von Grundstücken in der näheren Umgebung beeinträchtigen<sup>24)</sup>. Bei der Errichtung unzulässiger störender Gewerbebetriebe wird der Einwirkungsbereich noch weiter gehen. Der Begriff des Nachbarn ist deshalb weit zu fassen. Es sind alle Berechtigten einzubeziehen, deren Grundstücke im unmittelbaren Einwirkungsbereich eines Bauwerkes oder Bauvorhabens liegen<sup>25)</sup> und die tatsächlich beeinträchtigt werden<sup>26)</sup>.

Eine feste örtliche Abgrenzung des Kreises der Nachbarn ist damit nicht möglich. Es kommt auf den Einzelfall an, ob eine Störung tatsächlich vorliegt oder zu erwarten ist. Der VGH Stuttgart hat beispielsweise die Nachbareigenschaft eines Eigentümers verneint, dessen Grundstück 240 m von einem mittelgroßen Betonwerk entfernt lag. Nach Ansicht des Gerichts lag keine unmittelbare Störung vor<sup>27)</sup>. Das Abstellen auf den Einzelfall bewirkt häufig Rechtsunsicherheit, läßt sich jedoch nicht umgehen.

<sup>17)</sup> OVG Bremen, DVBl 61/250 (251).

<sup>18)</sup> Sellmann, DVBl 63/273 (280).

<sup>19)</sup> Soergel-Baur, § 907 R Nr. 7; RGRK-Pritsch, § 907 Anm. 5; RG JW 23/288.

<sup>20)</sup> Meisner-Stern-Hodes, S. 353 Fußnote 8; Soergel-Baur, § 909 R Nr. 3; RGZ 167/14 (21).

<sup>21)</sup> RGZ 167/14 (21).

<sup>22)</sup> RG, JW 23/288.

<sup>23)</sup> Böhm, DVBl 59/726 (729).

<sup>24)</sup> OVG Mstr., NJW 65/170 (171).

<sup>25)</sup> Schütz-Frohberg, § 31 Anm. 2; Brügmann-Grauvogel, § 31 Anm. 3 a, cc; Fickert, § 31 Anm. 5 c; Böhm, DVBl 59/726 (729); Meyer, DWW 62/133 (138); VGH Stuttgart, VwRspr. 9/966 (967); VGH Düsseldorf, Thiel BRS 10 V A 4 S. 125 (126).

<sup>26)</sup> OVG Mstr., NJW 65/170 (171).

<sup>27)</sup> VwRspr. 9/966 (967).

Praktisch bedeutsam wird die Frage, ob jemand Nachbar ist, im Rahmen der Baunachbarklage hinsichtlich der Sachbefugnis des Klägers und, soweit der Kläger eine Anfechtungsklage erhoben hat, auch für die Zulässigkeit der Klage.

#### IV. Begriff und Merkmale der subjektiven öffentlichen Rechte

Die wichtigste Frage im Bereich der Baunachbarklage ist, ob das öffentlich-rechtliche Nachbarrecht den Nachbarn subjektive öffentliche Rechte verleiht oder sie nur tatsächlich begünstigt. Davon hängt der Erfolg jeder öffentlich-rechtlichen Baunachbarklage ab.

Die subjektiven öffentlichen Rechte sind häufig untersucht und definiert worden, so daß im Rahmen dieser Untersuchung nur das Ergebnis wiedergegeben wird. Bühler<sup>28)</sup> nennt drei Voraussetzungen für das Bestehen eines subjektiven öffentlichen Rechts:

1. das Bestehen eines zwingenden Rechtssatzes,
2. dessen Bestimmung zum Schutz von Individualinteressen,
3. daß sich der Bürger gegenüber der Verwaltung bestimmungsgemäß auf den Rechtssatz berufen kann.

Andere Definitionen weichen davon lediglich in der Formulierung ab. Sie sprechen von einer Willens-<sup>29)</sup> oder Rechtsmacht<sup>30)</sup>, die dem Bürger in seinem eigenen Interesse verliehen sein muß. Entscheidend ist, daß eine Norm den Schutz des Bürgers bezweckt und beabsichtigt, nicht nur bewirkt<sup>31)</sup>.

Die Unterscheidung zwischen subjektiven öffentlichen Rechten und Rechtsreflexen, d. h. bloß tatsächlichen Begünstigungen, ist häufig schwierig. Solange im Prozeßrecht das Enumerationsprinzip galt, wurde der Einräumung der Klagebefugnis besondere Bedeutung beigemessen<sup>32)</sup>. Dieser Gesichtspunkt ist mit der Einführung der Generalklausel bedeutungslos geworden<sup>33)</sup>. In dem geltenden Prozeßsystem, das Leistungs-, Gestaltungs- und Feststellungsklagen kennt, kann von dem formellen Klagerecht nicht mehr auf zugrundeliegende materielle Rechte geschlossen werden<sup>34)</sup>. Die Abgrenzung erfolgt allein auf Grund der positiven Regelung unter Berücksichtigung der bestehenden Interessenlage<sup>35)</sup>.

#### V. Geschichtliche Entwicklung der öffentlich-rechtlichen Nachbarrechte

1. a) Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen subjektiven öffentlichen Rechten und Rechtsreflexen bestehen auch im Bereich des öffentlich-rechtlichen Nachbarrechts. Die Verwaltungsgerichte mußten die Frage, ob subjektive öffentliche Nachbarrechte bestehen, bereits vor der Jahrhundertwende entscheiden. In den einzelnen deutschen Ländern galten verschiedene Baugesetze oder Bauordnungen als Grundlagen für

<sup>28)</sup> Bühler, Die subjektiven öffentlichen Rechte S. 45, 439 ff.; ders. Gedächtnisschrift S. 269 ff.

<sup>29)</sup> Jellinek, Verwaltungsrecht S. 201.

<sup>30)</sup> Huber, S. 681; Bachof, DVBl 61/128 (130).

<sup>31)</sup> Bettermann, NJW 61/1097 (1098).

<sup>32)</sup> Jellinek, System S. 70.

<sup>33)</sup> Huber, S. 683; Henke, DVBl 64/649 (651).

<sup>34)</sup> Bettermann, Handbuch III 2 S. 803; Henke, DVBl 64/649 (651).

<sup>35)</sup> Huber, S. 683—684.

die Bauplanung und Bebauung. Auf Grund dieser verschiedenen Rechtsgrundlagen, zum Teil auch infolge voneinander abweichender Rechtsauffassungen, entschieden die Oberverwaltungsgerichte bzw. Verwaltungsgerichtshöfe der einzelnen Länder die Frage, ob das öffentliche Baurecht auch subjektive öffentliche Nachbarrechte gewährte, unterschiedlich.

Nach der Auffassung des Preußischen Oberverwaltungsgerichts<sup>36)</sup>, des Thüringischen Oberverwaltungsgerichts<sup>37)</sup> und des Württembergischen Verwaltungsgerichtshofes<sup>38)</sup> gewährten das Bauplanungs- und Baupolizeirecht den Nachbarn keine subjektiven öffentlichen Rechte. Das Hauptargument für diese Rechtsprechung war, daß polizeiliche Vorschriften ihrer Natur nach die Interessen der Gesamtheit und nicht die einzelner zu schützen hätten, was auch für das Baupolizeirecht gelte. Es wurde zwar anerkannt, daß die Nachbarn an der Einhaltung bestimmter baurechtlicher Vorschriften dringend interessiert seien und dieses Interesse auch neben dem der Allgemeinheit in einzelnen Vorschriften geschützt sei; jedoch wurde daraus nur gefolgert, daß die nachbarlichen Interessen unter dem allgemeinen Schutz einer geordneten Verwaltung ständen<sup>39)</sup>.

Demgegenüber erkannten u. a. das Sächsische Oberverwaltungsgericht<sup>40)</sup> und das Verwaltungsgericht Bremen<sup>41)</sup> in einzelnen Fällen das Bestehen subjektiver öffentlicher Nachbarrechte an. Das Sächsische Oberverwaltungsgericht führte im wesentlichen folgende Gründe dafür an:

Die ortsgesetzliche Regelung der Bebauung verleihe den wirtschaftlichen und ideellen Interessen der Grundstückseigentümer an der baulichen Nutzung ihrer Grundstücke zugleich den Charakter eines rechtlich geschützten Interesses. Es werde eine Gewähr für den zulässigen Umfang und die Art der Bebauung geschaffen. Der Boden erhalte durch die Regelung eine „bestimmte baurechtliche Eigenschaft“, die ihm nicht ohne weiteres genommen werden könne<sup>42)</sup>.

Diese Erfordernisse sah das Oberverwaltungsgericht z. B. bei den Vorschriften über die Gebäudehöhe<sup>43)</sup>, den Grenzabstand<sup>44)</sup>, die offene Bauweise<sup>45)</sup> und den Wohngebietscharakter<sup>46)</sup>, nicht dagegen bei Vorschriften über die Hofbebauung<sup>47)</sup> und den edlen Villenstil<sup>48)</sup> als gegeben an.

b) Im sächsischen Rechtsgebiet erkannte die Literatur ebenso wie das Oberverwaltungsgericht das Bestehen subjektiver Nachbarrechte an<sup>49)</sup>.

Im preußischen Rechtsgebiet befürwortete die Literatur im Gegensatz zur Rechtsprechung die Anerkennung subjektiver öffentlicher Nachbarrechte. Es wurde an-

<sup>36)</sup> Pr. OVG, 2/351 (354 f.); 14/378 (381); 61/175 (178).

<sup>37)</sup> Jahrbuch 2/64 (67).

<sup>38)</sup> Reger, Entscheidungen der Gerichte und Verwaltungsbehörden aus dem Rechtsgebiet der inneren Verwaltung Bd. 50 311 (313).

<sup>39)</sup> Pr. OVG, 2/351 (354 f.)

<sup>40)</sup> Jahrbuch 29/30 (32).

<sup>41)</sup> Entscheidungen 1924—29 S. 46.

<sup>42)</sup> Sächs. OVG 2/302 f.

<sup>43)</sup> Jahrb. 4/188.

<sup>44)</sup> Jahrb. 4/189 (190); 7/43 (44).

<sup>45)</sup> Jahrb. 9/15 (17)/216 (218).

<sup>46)</sup> Jahrb. 2/302.

<sup>47)</sup> Jahrb. 2/77 (78).

<sup>48)</sup> Jahrb. 29/153 (157); a. A. v. Gehe, Fischers Zeitschrift Bd. 39/97 (157).

<sup>49)</sup> v. Gehe, Fischers Zeitschrift Bd. 39/97 (129 ff.); Krüger, Fischers Zeitschrift Bd. 34/269 (271).

gerecht, den Nachbarn durch eine Gesetzesänderung Rechtsmittel gegen Befreiungen zur Verfügung zu stellen, die deren Interessen verletzen<sup>50)</sup>.

2. Vor dem Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde das Bestehen subjektiver öffentlicher Rechte nur in Einzelfällen angenommen, was auch die Rechtsprechung zum öffentlich-rechtlichen Nachbarrecht zeigt. Die Meinung Böhlers<sup>51)</sup>, daß Vorschriften, die den Bürger tatsächlich begünstigen, diesem „im Zweifel“ subjektive Rechte gewähren, wurde nicht allgemein anerkannt.

Durch das Inkrafttreten des Grundgesetzes hat sich das Verhältnis des Bürgers zum Staat verändert. Es wird in weiterem Umfang als früher angenommen, daß dem Bürger subjektive Rechte gegenüber dem Staat zustehen. Zwar gewährt Art. 19 Abs. 4 GG keine Rechte, sondern setzt die zu schützenden Rechte voraus<sup>52)</sup>. Jedoch ergibt sich nach allgemeiner Meinung aus der „Gesamtsicht“<sup>53)</sup> des Grundgesetzes vom Verhältnis des Bürgers zum Staat, daß Gesetze „im Zweifel“ in der Weise auszulegen sind, die dem Bürger einen Rechtsanspruch einräumt<sup>54)</sup>. In der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts hat diese Erkenntnis z. B. zur Anerkennung von Ansprüchen auf Fürsorge<sup>55)</sup> und Impfung<sup>56)</sup> geführt.

3. a) Die Erkenntnis, daß auf Grund der veränderten Beziehungen des Bürgers zum Staat im Zweifel das Bestehen subjektiver öffentlicher Rechte anzunehmen ist, führte in der Rechtsprechung zur grundsätzlichen Anerkennung des Bestehens öffentlich-rechtlicher Nachbarrechte. Nach anfänglicher Ablehnung durch einen Teil der oberen Verwaltungsgerichte<sup>57)</sup> erkannten das Bundesverwaltungsgericht<sup>58)</sup> und die Obergerichtsgerichte<sup>59)</sup>, mit Ausnahme des OVG Hamburg<sup>60)</sup>, früher oder später das Bestehen öffentlich-rechtlicher Nachbarrechte im Sinne subjektiver öffentlicher Rechte an. Das OVG Berlin<sup>61)</sup> bejahte abweichend von den übrigen Gerichten nur das Vorliegen rechtlich geschützter Interessen, ohne daß deshalb im Ergebnis der Nachbarschutz versagt wurde. Das Gericht billigte vielmehr in Anlehnung an Formulierungen des Sächsischen Obergerichts<sup>62)</sup> einem Grundstück, das in einem Wohngebiet lag, eine Art öffentlich-rechtlichen Status zu, der seine Ausnutzbarkeit beschränkte und zugleich gegen Störungen anderer schützte<sup>63)</sup>.

Das OVG Hamburg begründete seinen ablehnenden Standpunkt damit, daß die Anerkennung von Nachbarrechten die notwendige Elastizität des Baurechts beseiti-

<sup>50)</sup> Baltz-Fischer, S. 173; Piutti, PrVBl 30/551 (552).

<sup>51)</sup> Die subjektiven öffentlichen Rechte S. 45.

<sup>52)</sup> BVerfG, NJW 63/803 (804); Bettermann, Handbuch III 2, S. 803.

<sup>53)</sup> BVerfG, NJW 63/803 (804).

<sup>54)</sup> Bachof, Vornahmeklage S. 84 f.; ders. DVBl 61/128 (130); Bauer, SJZ 47/394; Huber, S. 685; Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 RNr. 37, 38; Rübner, DVBl 63/609 (610); Kellner, Generalklausel S. 108; BVerfG, NJW 63/803 (804); BVerwG 1/159 (161); 9/78 (80).

<sup>55)</sup> BVerwG 1/159 (161).

<sup>56)</sup> BVerwG 9/78 (80).

<sup>57)</sup> OVG Hamburg, DVBl 50/280 (282); Hess VGH, DVBl 51/184 (185); VG Stuttgart., DÖV 50/597; VGH Freiburg, NJW 55/1412.

<sup>58)</sup> BVerwG 1/83; 11/95.

<sup>59)</sup> Bayer VGH, DÖV 53/445; OVG Berlin 1/39; JR 62/116 (117); Hess. VGH 10/108 (117); OVG Koblenz 1/396 (398); OVG Lünebg. 13/492 (495); 18/341 (343 f.); OVG Mstr. 13/6 (9); DVBl 60/603; LVG Oldenbg., DVBl 56/727; Württ.-Bad. VGH, DÖV 51/138.

<sup>60)</sup> DVBl 59/822.

<sup>61)</sup> Bd. 1/39 (49 f.); JR 62/116 (117).

<sup>62)</sup> Bd. 2/302 f.

<sup>63)</sup> OVG Berlin 1/39 (53—54).

gen, dem Gesetzgeber unerwünschte Lasten unter dem Gesichtspunkt der Eigentums-  
garantie des Art. 14 GG auferlegen und zu einer unlösbaren und unerwünschten  
Kollision von Rechten und prozessualen Vorschriften führen würde<sup>64</sup>). Von anderer  
Seite wurde argumentiert, daß die Anerkennung von Nachbarrechten zugleich  
Schutzgesetze im Sinne des § 823 Abs. 2 BGB schaffen würde. Dem Nachbarn würden  
damit der Verwaltungs- und der Zivilrechtsweg eröffnet mit der Folge, daß er bei  
Abweisung seiner öffentlich-rechtlichen Klage noch gegen den Bauherrn direkt klag-  
en und obsiegen könnte. Das sei, so wurde ausgeführt, aus prozeßwirtschaftlichen  
Gründen undenkbar<sup>65</sup>).

b) Die h. M. in der Literatur erkannte ebenfalls im Zuge der Erweiterung des Kreises  
der subjektiven öffentlichen Rechte an, daß Vorschriften des öffentlichen Baurechts  
grundsätzlich subjektive Nachbarrechte gewähren könnten<sup>66</sup>). Forsthoﬀ<sup>67</sup>) wies in  
diesem Zusammenhang darauf hin, daß zum Ausgleich für die zunehmende hoheit-  
liche Regelung des Baugeschehens auch die Position der Betroffenen gestärkt  
werden müßte.

## VI. Regelung im Bundesbaugesetz

Das Bundesbaugesetz hat die Grundlagen des Bauplanungsrechts vereinheitlicht und  
neu geregelt. Es könnte auch im Gegensatz zu der Rechtsauffassung, die sich bis zu  
diesem Zeitpunkt in Rechtsprechung und Schrifttum durchgesetzt hatte, öffentlich-  
rechtliche Nachbarrechte versagen. Aus dem Wortlaut und Zweck des Gesetzes  
scheinen verschiedene Gründe darauf hinzudeuten.

Der Nachbar wird nur in § 31 Abs. 2 BBauG (desgl. § 24 Abs. 3 BauNVO) erwähnt.  
Das Gesetz schreibt vor, daß im Befreiungsverfahren die „nachbarlichen Interessen“  
zu „würdigen“ sind. Obwohl sich in einer umfangreichen Rechtsprechung und im  
Schrifttum erst nach langem Hin und Her die Auffassung durchgesetzt hatte, daß  
bauplanungsrechtliche Vorschriften den Nachbarn grundsätzlich subjektive Rechte  
gewähren können, spricht das Gesetz nur von „Interessen“ und nicht von „Rechten“  
der Nachbarn. Es bestimmt nicht einmal, daß diese Interessen zu „beachten“, son-  
dern nur, daß sie zu „würdigen“ sind. Sellmann<sup>68</sup>) und Evers<sup>69</sup>) vertreten deshalb die  
Auffassung, aus der Sicht des § 31 Abs. 2 BBauG beständen keine Nachbarrechte;  
die Interessen der Nachbarn seien allein der Obsorge der Verwaltung anvertraut,  
worauf auch der Umstand hindeute, daß Nachbarn im Befreiungsverfahren nicht an-  
gehört würden<sup>70</sup>).

Ferner ist auf § 1 Abs. 4 BBauG hinzuweisen, der für die Bauleitplanung zwar eine  
gerechte Abwägung der öffentlichen und privaten Belange vorsieht, jedoch in Ver-  
bindung mit der umfangreichen Aufzählung öffentlicher Interessen in Abs. 5 diesen

<sup>64</sup>) DVBl 59/822 (823).

<sup>65</sup>) Hess, VGH, DVBl 51/184 (185); VGH Freiburg, NJW 55/1412.

<sup>66</sup>) Bachof, DVBl 61/128 (130); Böhm, DVBl 59/726 (728); Forsthoﬀ, S. 176; Jaeckel-Förster, § 5 Anm. II  
(S. 37); Pietzonka, NJW 57/1582; Redeker, NJW 59/749; Weyreuther, MDR 56/518 (519); a. A. Schnei-  
der, DVBl 49-157.

<sup>67</sup>) Forsthoﬀ, S. 176.

<sup>68</sup>) DVBl 63/273 (284).

<sup>69</sup>) JuS 62/87 (89).

<sup>70</sup>) Sellmann, DVBl 63/273 (285).

eine Vorrangstellung gegenüber den privaten Belangen einräumt<sup>71)</sup>). Evers sieht als private Belange überhaupt nur die der Bauherrn und nicht die von Nachbarn an<sup>72)</sup>). Diese starke Berücksichtigung öffentlicher Interessen entspricht der Zielsetzung des Bundesbaugesetzes, eine moderne städtebauliche Planung zu ermöglichen<sup>73)</sup>). Sellmann<sup>74)</sup> und Evers<sup>75)</sup> sehen Nachbarrechte als Widerspruch zu dieser Zielsetzung an, weil mit ihrer Anerkennung die Elastizität des Planungsrechts verlorengehe.

Schließlich könnten die Gesetzesmaterialien als Indiz gegen das Bestehen von Nachbarrechten herangezogen werden<sup>76)</sup>). Die Begründung des Entwurfs zum Bundesbaugesetz lehnte im 8. Teil, „Bauliches Nachbarrecht“, das Bestehen subjektiver öffentlicher Nachbarrechte ausdrücklich ab<sup>77)</sup>).

Die angeführten Gesichtspunkte sind jedoch nicht entscheidend. Wenn das Bundesbaugesetz die bis zu seinem Erlaß eingetretene Rechtentwicklung hätte ändern wollen, so wäre eine Regelung erforderlich gewesen, aus der sich das Gegenteil klar ergibt. Das ist nicht der Fall. Die Erwähnung der „nachbarlichen Interessen“ in § 31 Abs. 2 BBauG, insbesondere bei der Regelung der Befreiung, lassen vielmehr darauf schließen, daß das Gesetz vom Bestehen subjektiver Nachbarrechte ausgeht<sup>78)</sup>. Dem steht der Gebrauch des Begriffes „nachbarlicher Interessen“ anstelle „nachbarlicher Rechte“ nicht entgegen. Die Wahl dieser Formulierung ist begründet. Zwar wurde das Bestehen öffentlich-rechtlicher Nachbarrechte bis zum Erlaß des Gesetzes grundsätzlich anerkannt, jedoch war und ist noch umstritten, welchen materiellen Schutz (Frage der Zumutbarkeit) diese gewähren und welche Regelungen im einzelnen dazu gehören. Lediglich einige wenige Vorschriften, z. B. über die Gebäudehöhe und den Bauwuch, wurden allgemein als Nachbarrechte anerkannt, der Umfang des materiellen Schutzes war aber noch ungeklärt. Das Bundesbaugesetz konnte deshalb nicht von „den“ nachbarlichen „Rechten“ sprechen. Es konnte diese Rechte auch nicht selbst katalogartig aufzählen, weil in ihm nur die Grundzüge des Bauplanungsrechts bestimmt werden; unmittelbare Geltung für die Bebauung haben erst die Bebauungspläne. Aus der neutralen Formulierung der „nachbarlichen Interessen“ in § 31 Abs. 2 ist deshalb zu folgern, daß auch das Bundesbaugesetz Nachbarrechte grundsätzlich anerkennt, gleichzeitig aber die weitere Entwicklung im einzelnen Rechtsprechung und Lehre überläßt. Eine Gesetzgebungstechnik, die noch in der Entwicklung befindliche Probleme von der gesetzlichen Regelung ausnimmt, ist nicht ungewöhnlich, wie das Beispiel der Verwaltungsgerichtsordnung zeigt<sup>79)</sup>).

Ein weiteres Indiz für das Bestehen von Nachbarrechten bildet § 15 Abs. 1 BauNVO, der sich seinem Inhalte nach an die Baugenehmigungsbehörden wendet. Danach sind an sich in einem Baugebiet zulässige Bauten „im Einzelfall“ unzulässig, wenn sie für die „Umgebung“, d. h. in erster Linie die Nachbarn, unzumutbare Störungen oder Belästigungen herbeiführen würden.

<sup>71)</sup> Brügmann-Grauvogel, § 1 Anm. V 1; Evers, JuS 62/87 (89); a. A. Schrödter, § 1 Anm. 9.

<sup>72)</sup> JuS 62/87 (89).

<sup>73)</sup> BT-Drucks. 336, 3. WP, S. 55 ff.

<sup>74)</sup> DVBl 63/273 (284).

<sup>75)</sup> JuS 62/87 (89).

<sup>76)</sup> Sellmann, DVBl 63/273 (284).

<sup>77)</sup> BT-Drucks. 336, 3. WP, S. 108.

<sup>78)</sup> Meyer, DWW 62/133 (134).

<sup>79)</sup> Kellner, DOV 63/418 (424); Ule, VwGO, Einl. III 3; ferner die Verhandlungen des 43. Deut. Juristentages (1960) zur Kodifizierung des allgemeinen Verwaltungsrechts.

Die Gewährung von Nachbarrechten entspricht auch der Interessenlage. Der Bebauungsplan erlegt den erfaßten Berechtigten einerseits Opfer auf, indem er die Nutzbarkeit der Grundstücke einschränkt, und bewirkt andererseits Vorteile, indem die Nachbarn in gleicher Weise beschränkt und auf diese Weise gegenseitige Störungen verhindert werden. In neuerer Zeit ist deshalb davon gesprochen worden, daß die Nachbarn zu einer „rechtlichen Schicksalsgemeinschaft“ zusammengeschlossen seien<sup>80)</sup>, deren Mitglieder alle gleich zu behandeln seien. Auf die gleiche Behandlung können sich die Nachbarn verlassen. Meyer<sup>81)</sup> weist mit Recht darauf hin, daß dem Bebauungsplan in seiner Eigenschaft als öffentlich-rechtlichem Plan ein Zuschlag innewohnt, auf den die Betroffenen vertrauen dürfen. Die Rechtslage muß für sie „berechenbar“ sein. Damit wird deutlich, daß sich Nachbarrechte als subjektive öffentliche Rechte zwar gegen einen Hoheitsträger richten, tatsächlich aber in erster Linie der Aufrechterhaltung der durch den Bebauungsplan geschaffenen Ordnung unter den Nachbarn dienen.

Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, auf welche die Gewährung von Nachbarrechten vereinzelt ebenfalls gestützt wird<sup>82)</sup>, ist dagegen nur in Ausnahmefällen bedeutsam. Inhalt und Schranken des Eigentums werden durch die Gesetze bestimmt (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG). Planungsrechtliche Vorschriften bestimmen grundsätzlich den Inhalt des Eigentums. Der Schutz des Art. 14 GG ist also eine Folge der Anerkennung von Nachbarrechten und nicht deren Grundlage. Erst wenn belastende Inhaltsbestimmungen in den Wesensgehalt des Eigentums (Art. 19 Abs. 2 GG) eingreifen, ist zu erwägen, ob die Gewährung von Nachbarrechten einen Teil der Belastung kompensiert und diese damit auf das Maß einer Inhaltsbestimmung zurückführt.

Die Bevorzugung der öffentlichen Interessen, die § 1 Abs. 4 und 5 BBauG für die Aufstellung von Bauleitplänen vorsieht<sup>83)</sup>, hindert die Annahme von Nachbarrechten nicht. Dieser Vorrang öffentlicher Interessen gilt nur bei der Aufstellung von Bauleitplänen und von Bebauungsplänen. Ebenso wenig bieten die Gesetzesmaterialien einen Anhalt gegen die Gewährung von Nachbarrechten. Der 8. Teil des Entwurfes zum Bundesbaugesetz behandelte privatrechtliche Tatbestände<sup>84)</sup>, so daß die Versagung subjektiver öffentlicher Rechte aus diesen Vorschriften selbstverständlich war.

Die h. M. in Rechtsprechung<sup>85)</sup> und Literatur<sup>86)</sup> nimmt deshalb zu Recht auch nach dem Inkrafttreten des Bundesbaugesetzes das Bestehen öffentlich-rechtlicher Nachbarrechte an.

## VII. Einzelne nachbarschützende Vorschriften

1. Welche Vorschriften (auch) den Schutz von Nachbarn bezwecken, d. h. diesen Nachbarrechte verleihen, ist jeweils im Einzelfall nach Wortlaut, Zweck und Inter-

<sup>80)</sup> Ipsen, VVDStRL 18/181 (182); Meyer, DWW 62/133 (134); Schrödter, § 31 Anm. 4; OVG Lünebg. 18 341 (344).

<sup>81)</sup> DWW 62/133 (134); Pietzonka, NJW 57/1582.

<sup>82)</sup> Evers, JuS 62/87 (89); Brügelmann-Grauvogel, § 31 Anm. 3 a, cc.

<sup>83)</sup> Brügelmann-Grauvogel, § 1 Anm. V 1; Evers, JuS 62/87 (89).

<sup>84)</sup> BT-Drucks. 336, 3. WP, S. 108.

<sup>85)</sup> BVerwG, DVBl 62/223 (224).

<sup>86)</sup> Brügelmann-Grauvogel, § 31 Anm. 3 a, cc.; Schütz-Frohberg, § 31 Anm. 1, 2; Schrödter, § 31 Anm. 4, 5; Fickert, § 31 Anm. 5; Müller-Neuffer-Weinisch, Anm. zu §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 1, 10; Evers, JuS 62/87 (90); Meyer, DWW 62/133 (134); Obermayer, JuS 63/110 (111); Lorenz, DOV 64/480 (481); Schäfer, DVBl 62/844 (845).

essenlage zu ermitteln. Dem Nachbarschutz dienen nach h. M. vor allem die Vorschriften über: Die Ausweisung von Wohngebieten<sup>87)</sup>, insbesondere mit Landhauscharakter<sup>88)</sup>; den seitlichen Grenzabstand (Bauwich)<sup>89)</sup>; den rückwärtigen Grenzabstand<sup>90)</sup>, wobei umstritten ist, ob ganz<sup>91)</sup> oder nur in demselben Maß wie der Bauwich<sup>92)</sup>; das Fenster- und Zaunrecht<sup>93)</sup>; die Gebäudehöhe<sup>94)</sup> und Geschoszahl<sup>95)</sup>, sowie die Einhaltung von Freiflächen<sup>96)</sup>.

Dagegen wird angenommen, daß kein Nachbarschutz gewährt wird, sondern städtebauliche Gesichtspunkte entscheidend sind, bei den Vorschriften über: Die Größe von Hofräumen in Gebieten mit offener<sup>97)</sup> und geschlossener<sup>98)</sup> Bauweise; die Bebauungstiefe<sup>99)</sup>; die Baugestaltung<sup>100)</sup>, insbesondere Dachaufbauten<sup>101)</sup>, Abstandsflächen vor Wänden mit notwendigen Fenstern<sup>102)</sup> — zwar sind Elemente des Bauwuchs und Wohngebietscharakters darin enthalten, jedoch soll durch die Einhaltung von Abstandsflächen die städtebauliche Randbebauung verhindert und die Besiedlungsdichte herabgesetzt werden.

Der Verfasser schließt sich der h. M. an. Die eingangs genannten Vorschriften werden mit Recht als nachbarschützend angesehen, weil sie den Gebietscharakter mitbestimmen und Beeinträchtigungen, die von benachbarten Grundstücken ausgehen können, verhindern oder in einem bestimmten Rahmen halten sollen. Den übrigen Vorschriften wird, ebenfalls zu Recht, der nachbarschützende Charakter abgesprochen. Es handelt sich überwiegend um Regelungen, die der Gestaltung von Bauten oder Baugebieten dienen, ohne den Gebietscharakter entscheidend zu beeinflussen.

2. Nach dem Erlaß des Bundesbaugesetzes und der Baunutzungsverordnung bietet sich aber auch eine systematische Untersuchung an. Das Bundesbaugesetz bestimmt, welche Regelungen Bebauungspläne treffen müssen. Von den Erfordernissen des § 9 kommen für den Nachbarschutz nur Festsetzungen über Art und Maß der baulichen Nutzung sowie die Bauweise in Betracht, § 9 Abs. 1 Nr. 1 a und b<sup>103)</sup>. Die Baunutzungsverordnung konkretisiert diese Merkmale.

<sup>87)</sup> OVG Berlin 1/39 (53); JR 62/116 (117); OVG Koblenz 4/363 (365); OVG Mstr. 13/6 (11); Hess. VGH 10/108 (115 f.); LVG Oldenbg., DVBl 56/727; Obermayer, JuS 63/110 (111 Fußnote 6); Evers, JuS 62/87 (90).

<sup>88)</sup> VGH Stuttgart, NJW 54/1623 (1624); a. A. VGH Stuttgart, VwRspr. 8/591 (595).

<sup>89)</sup> Bayer VGH n. F. 5/119 (121); OVG Berlin, JR 62/116 (117); OVG Mstr. 13/361; OVG Koblenz 1/396 (398); VG München, NJW 54/1216; RGZ 87/371 (373 f.); Obermayer, JuS 63/110 (111 Fußnote 6); Bachof, Vornahmeklage S. 71 f.; Evers, JuS 62/87 (90).

<sup>90)</sup> OVG Berlin, JR 62/116 (117); OVG Mstr. 13/361; Handb. des Grundstücks- und Baurechts E S. 63 f.; Evers, JuS 62/87 (90).

<sup>91)</sup> OVG Berlin, JR 62/116 (117); OVG Mstr., Handb. des Grundstücks- und Baurechts E S. 63 f.

<sup>92)</sup> OVG Mstr. 13/361.

<sup>93)</sup> OVG Hambg., DVBl 50/283; DVBl 59/822 (823).

<sup>94)</sup> OVG Berlin, JR 62/116 (117); BBauBl 55/188; Pietzonka, NJW 54/1181.

<sup>95)</sup> Evers, JuS 62/87 (90).

<sup>96)</sup> Obermayer, JuS 63/110 (111 Fußnote 6).

<sup>97)</sup> BVerwG, NJW 54/1214; Obermayer, JuS 63/110 (111 Fußnote 6).

<sup>98)</sup> OVG Koblenz, DVBl 59/824.

<sup>99)</sup> Jaeckel-Förster, § 8.

<sup>100)</sup> Bayer VGH n. F. 5/119 (121); OVG Mstr., DVBl 66/279; Obermayer, JuS 63/110 (111 Fußnote 6); Evers, JuS 62/87 (90); Gelzer, DVBl 66/171 (173).

<sup>101)</sup> OVG Mstr. 11/154 (155); DOV 57/28 (29); Obermayer, JuS 63/110 (111 Fußnote 6).

<sup>102)</sup> OVG Berlin, JR 62/116 (117); OVG Mstr., Handb. des Grundstücks- und Baurechts E S. 63 f.; Jaeckel-Förster, § 8 Nr. 3.

<sup>103)</sup> Schrödter, § 31 Anm. 5; Meyer, DWV 62/133 (136); a. A. Evers, JuS 62/87 (90), der Vorschriften über das Maß der baulichen Nutzung ausnimmt.

Wenn auch die Baunutzungsverordnung die Bebauung von Grundstücken nicht unmittelbar regelt, so schafft sie doch Begriffe und typische Baugebiete (§§ 2—11), die in Bebauungsplänen festzusetzen sind. Durch die Festsetzung werden die Vorschriften der §§ 2—10 und 12—14 BauNVO über die Art der Bebauung Bestandteile der Bebauungspläne, § 1 Abs. 3 der BauNVO. Zwar können in der Verordnung vorgesehene Ausnahmen allgemein für Baugebiete zugelassen werden, jedoch muß deren Eigenart gewahrt bleiben, § 1 Abs. 5 BauNVO. Die Baugebietsregelungen, die in Bebauungsplänen stets wiederkehren, können also auf ihren nachbarschützenden Charakter untersucht werden. Nachbarschutz, d. h. Nachbarrechte, in verschiedener Hinsicht gewähren folgende Vorschriften:

1. Kleinsiedlungsgebiete (§ 2 BauNVO) schützen vor der Errichtung störender Handwerks- und Gewerbebetriebe (§ 2 Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 Nr. 4)<sup>104</sup>).
2. Reine Wohngebiete (§ 3 BauNVO) schützen vor Störungen aller Art. Nicht zum Wohnen bestimmte Gebäude und Betriebe sind nur ausnahmsweise und eng begrenzt zulässig<sup>105</sup>).
3. Allgemeine Wohngebiete (§ 4 BauNVO) gewähren im Vergleich zu reinen Wohngebieten einen erheblich eingeschränkten Schutz (Abs. 2 und 3)<sup>106</sup>).
4. Dorfgebiete (§ 5 BauNVO) schützen vor störenden Gewerbebetrieben<sup>107</sup>).
5. Mischgebiete (§ 6 BauNVO) schützen vor „wesentlich“ störenden Gewerbebetrieben<sup>108</sup>).
6. Kerngebiete (§ 7 BauNVO) schützen vor störenden Gewerbebetrieben (Abs. 2 Nr. 3). Geschützt wird allerdings nicht das ruhige Wohnen, sondern die ungestörte Ausübung beruflicher Tätigkeiten, die in Kerngebieten im allgemeinen in Büroarbeit besteht<sup>109</sup>).
7. Gewerbegebiete (§ 8 BauNVO) schützen ansässige Betriebe vor „erheblich belästigenden“ Gewerbebetrieben<sup>110</sup>).
8. Industriegebiete (§ 9 BauNVO) dienen auch der Unterbringung von störenden Gewerbebetrieben, die in anderen Baugebieten unzulässig sind. Wird das Industriegebiet aber gemäß Abs. 4 nach Betriebsarten unterteilt, so können Nachbarrechte in der Hinsicht entstehen, daß keine „gefährlichen“ Betriebe zulässig sind<sup>111</sup>).
9. Wochenendhausgebiete (§ 10 BauNVO) sind reinen Wohngebieten vergleichbar. In ihnen sind „ausschließlich“ Wochenendhäuser als Einzelhäuser zulässig, so daß Befreiungen nicht erteilt werden dürfen<sup>112</sup>).
10. Sondergebiete (§ 11 BauNVO), wie Hochschul-, Klinik-, Kur-, Hafen- oder Ladengebiete, können ebenfalls vor zweckfremden Einrichtungen und Anlagen schützen (Abs. 2)<sup>113</sup>).

<sup>104</sup>) Schrödter, § 31 Anm. 5; Müller-Neuffer-Weinisch, Anm. zu § 2 Abs. 1.

<sup>105</sup>) Schrödter, § 31 Anm. 5; Müller-Neuffer-Weinisch, Anm. zu § 3 Abs. 1.

<sup>106</sup>) Müller-Neuffer-Weinisch, Anm. zu § 4 Abs. 1.

<sup>107</sup>) Schrödter, § 31 Anm. 5.

<sup>108</sup>) Müller-Neuffer-Weinisch, Anm. zu § 6 Abs. 1.

<sup>109</sup>) Schrödter, § 31 Anm. 5; Müller-Neuffer-Weinisch, Anm. zu § 7 Abs. 1.

<sup>110</sup>) Müller-Neuffer-Weinisch, Anm. zu § 8 Abs. 1.

<sup>111</sup>) Müller-Neuffer-Weinisch, Anm. zu § 9 Abs. 1.

<sup>112</sup>) Müller-Neuffer-Weinisch, Anm. zu § 10.

<sup>113</sup>) Müller-Neuffer-Weinisch, Anm. zu § 11 Abs. 1.

Die Vorschriften der Baunutzungsverordnung über das Maß der baulichen Nutzung wenden sich an die Planungsbehörden und haben keine aktuelle Bedeutung für Nachbarn, § 16 Abs. 1 und 2 BauNVO. Trotzdem stellt sich die Frage, ob Festsetzungen über die Zahl der Vollgeschosse (§ 18), die Grundflächen- (§ 19), Geschoßflächen- (§ 20) oder Baumassenzahlen (§ 21) nachbarschützenden Charakter haben können. Unter Berücksichtigung der bisherigen Rechtsentwicklung können nur die Vorschriften über die Zahl der Vollgeschosse und der Grundfläche Nachbarrechte gewähren. Hinsichtlich der Geschoßzahl<sup>114)</sup> folgt das bereits aus den §§ 16 Abs. 3, 17 Abs. 4 BauNVO. Danach darf auf diese Festsetzung nicht verzichtet werden, wenn dadurch die Gestaltung des Orts- oder Landschaftsbildes beeinträchtigt werden kann und ist im übrigen zwingend oder als Höchstgrenze festzusetzen. Die Grundflächenzahl gibt im umgekehrten Sinne über den Umfang der Freiflächen<sup>115)</sup> Aufschluß. Sie kann also ebenfalls den Orts- oder Landschaftscharakter prägen, z. B. in Siedlungsgebieten.

Dagegen scheiden die Geschoßflächen- und Baumassenzahlen als Grundlagen von Nachbarrechten aus, weil sie ganz überwiegend der Baugestaltung<sup>116)</sup> und Städteplanung dienen. Beide ermöglichen erhebliche Variationen der Bebauung, so daß mit ihrer Angabe noch nichts über den Gebietscharakter ausgesagt wird, z. B. können anstelle dreigeschossiger Wohnhäuser neugeschossige mit einem Drittel der Grundfläche errichtet werden, ohne daß die Geschoßflächen- und Baumassenzahlen verändert werden.

Im übrigen können Bestimmungen, daß Gebäude in der offenen Bauweise zu errichten sind (§ 22 BauNVO), nachbarschützend sein. Fehlen Bestimmungen über die Bauweise, so sind die der offenen Bauweise anzuwenden, § 22 Abs. 1 Satz 2 BauNVO.

## II. Teil

### Der materielle Schutz der öffentlich-rechtlichen Nachbarrechte

#### I. Beeinträchtigungen von Nachbarrechten

Nachdem das Bestehen von Nachbarrechten festgestellt worden ist, bleibt zu untersuchen, welchen materiellen Schutz diese gewähren. Der Umfang des materiellen Schutzes kann für den Erfolg einer Nachbarklage ebenfalls entscheidend sein. Im Zusammenhang damit stellt sich zunächst die Frage, wodurch Nachbarrechte verletzt werden können, weil anhand der Rechtsverletzungen der Umfang des materiellen Schutzes erkennbar wird.

1. Baugenehmigungen stellen die Übereinstimmung von Bauvorhaben mit dem öffentlichen Recht fest<sup>117)</sup>. Sie wirken nicht auf den Rechtskreis von Nachbarn ein, solange sie keine Befreiungen von nachbarschützenden Rechten enthalten und auch nicht erfordern<sup>118)</sup>.

<sup>114)</sup> Evers, JuS 62/87 (90).

<sup>115)</sup> Obermayer, JuS 63/110 (111 Fußnote 6).

<sup>116)</sup> Obermayer, JuS 63/110 (111 Fußnote 6); Evers, JuS 62/87 (90); Bayer. VGH n. F. 5/119 (121).

<sup>117)</sup> BVerwG, NJW 65/551; BGH, NJW 59/2013 (2014).

<sup>118)</sup> Dörffler, NJW 63/14 (17); BGH, NJW 59/2013 (2014).

2. Ebenso wenig werden Nachbarrechte durch rechtmäßige Ausnahmegewilligungen beeinträchtigt. Ausnahmegewilligungen gestatten Abweichungen von den Festsetzungen eines Bebauungsplanes, die dieser nach Art und Umfang vorsieht, § 31 Abs. 1 BBauG.

Sind die Voraussetzungen dafür erfüllt, so befindet sich das Bauvorhaben mit den Festsetzungen des Bebauungsplanes noch in Einklang. Auch in diesem Fall stellt die Baugenehmigung nur die Vereinbarkeit des geplanten Bauwerks mit dem Bebauungsplan fest, wenn auch unter Berücksichtigung der erteilten Ausnahme<sup>119)</sup>.

3. a) Befreiungen (Dispense) setzen für den Einzelfall zwingende Festsetzungen von Bebauungsplänen außer Kraft<sup>120)</sup>, auch nachbarschützende Bestimmungen. Die Befreiung, der sog. Befreiungsbeschluss<sup>121)</sup>, von nachbarschützenden Vorschriften wirkt über den Rechtskreis des Bauwilligen hinaus und beeinträchtigt die Rechte des oder der Nachbarn. Man bezeichnet die Befreiung deshalb als einen Verwaltungsakt mit Dritt- oder Doppelwirkung. In neuerer Zeit hat sich die Bezeichnung Verwaltungsakt mit Doppelwirkung durchgesetzt<sup>122)</sup>.

Die Regelungen eines Verwaltungsaktes mit Doppelwirkung begünstigen und belasten gleichzeitig verschiedene Personen hinsichtlich desselben Rechtsgegenstandes. Für den Begünstigten werden Rechte begründet oder eine Erlaubnis erteilt, der Belastete wird gleichzeitig zu einem Tun, Dulden oder Unterlassen verpflichtet oder seine Rechte eingeschränkt. Die Begünstigung des einen und die Belastung des anderen sind untrennbar miteinander verbunden, sie sind deshalb gewollter und notwendiger Inhalt der Regelung<sup>123)</sup>. Der Belastete ist Adressat des Verwaltungsaktes mit Doppelwirkung, weil seine Rechte beeinträchtigt werden, womit nicht gesagt wird, daß sie verletzt, d. h. rechtswidrig beeinträchtigt werden.

Im Gegensatz dazu soll die Regelung eines Verwaltungsaktes mit Drittwirkung nur den Adressaten begünstigen. Die Drittwirkung ist lediglich eine Folge der Rechtswidrigkeit des Verwaltungsaktes, durch die Rechte eines Dritten verletzt werden. Solange der Verwaltungsakt rechtmäßig ergeht, werden die Rechte Dritter nicht beeinträchtigt<sup>124)</sup>.

Eine Befreiung von nachbarschützenden Vorschriften beeinträchtigt notwendigerweise die Rechte des Nachbarn, ist also ein Verwaltungsakt mit Doppelwirkung. Aus der Sicht des beeinträchtigten Nachbarn handelt es sich um einen belastenden Verwaltungsakt. Befreiungen von nachbarschützenden Vorschriften dürfen deshalb nur auf Grund der Eingriffsermächtigung des § 31 Abs. 2 BBauG erteilt werden<sup>125)</sup>.

b) In seinen Rechten verletzt wird der Nachbar, wenn die Voraussetzungen für eine Befreiung nicht erfüllt sind. Nach § 31 Abs. 2 BBauG kann u. a. Befreiung von den zwingenden Festsetzungen eines Bebauungsplanes erteilt werden, wenn dessen Durchführung im Einzelfall zu einer offenbar nicht beabsichtigten Härte führen würde

<sup>119)</sup> Brügemann-Grauvogel, § 31 Anm. 1 c; Dörffler, NJW 63/14 (17); OVG Mstr., DÖV 60/432 (433).

<sup>120)</sup> Brügemann-Grauvogel, § 31 Anm. 1 c; Jaekel-Förster, § 5 Abs. 2; Mussnug, § 7 (S. 59), § 10 (S. 77–79).

<sup>121)</sup> Jaekel-Förster, § 5 Abs. 2.

<sup>122)</sup> Dörffler, NJW 63/14 (17); Redeker, DVBl 62/220; Fromm, DVBl 62 801 (802); Siegmund-Schultze, DVBl 63/745 (753); Theuerkauf, DVBl 64/386 (390); Hauelsen, DVBl 62/547; OVG Lünebg., Thiel BRS 9 V A 4 S. 87.

<sup>123)</sup> Dörffler, NJW 63/14 (15).

<sup>124)</sup> Dörffler, NJW 63/14 (15); Siegmund-Schultze, DVBl 63/745 (753); Theuerkauf, DVBl 64/386 (390).

<sup>125)</sup> Dörffler, NJW 63/14 (15); Mussnug, § 6 (S. 51); OVG Mstr. 15/192 (195).

und die Abweichung auch unter Würdigung nachbarlicher Interessen mit den öffentlichen Belangen vereinbar ist. Eine „offenbar nicht beabsichtigte Härte“ in diesem Sinne liegt vor, wenn die Verhältnisse des Grundstücks eine Abweichung von der zulässigen Bebauung erfordern, z. B. weil es sonst nicht oder nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten bebaubar wäre; persönliche oder wirtschaftliche Bedürfnisse des Bauherrn genügen nicht. Es muß hinsichtlich des Grundstückes ein Sonderfall vorliegen<sup>126)</sup>.

aa) Ist das der Fall, so sind die Interessen des Bauherrn auf Erteilung der Befreiung und die des Nachbarn an der Einhaltung der ihn schützenden Vorschriften gegeneinander abzuwägen (Würdigung nachbarlicher Interessen). Die nachbarlichen Interessen haben dabei den Vorrang, wenn sie durch die Erteilung einer Befreiung „unzumutbar“ beeinträchtigt würden<sup>127)</sup>. Das Abstellen auf die Zumutbarkeit zeigt, daß alle Umstände des Einzelfalles zu berücksichtigen sind. Allgemeingültige Regeln bestehen nicht. Zwar muß der Nachbar unwesentliche Nachteile hinnehmen, jedoch darf eine Befreiung nach Art und Ausmaß nur so weit gehen, daß der Sinn einer Schutzvorschrift noch erhalten bleibt<sup>128)</sup>.

bb) Die äußerste Grenze für die Erteilung von Befreiungen bildet die Eigentums-garantie des Art. 14 GG. Befreiungen dürfen sich nicht als Enteignungen von Nachbargrundstücken auswirken, z. B. indem sie deren Verkehrswert mindern. Da das Bundesbaugesetz weder in § 31 noch in den §§ 85 ff. eine Entschädigung für Enteignungen, die als Folge von Befreiungen eintreten, vorsieht (Art. 14 Abs. 3 Satz 2 GG), sind derartige Befreiungen nichtig<sup>129)</sup>. Die Baugenehmigungsbehörde darf selbst bei dringendem öffentlichen Interesse oder besonderer Härte für den Bauherrn diesem Übel nicht durch eine Befreiung abhelfen, die den Wert von Nachbargrundstücken mindert.

Die Möglichkeit, daß Befreiungen in das Eigentum von Nachbarn eingreifen, besteht, obwohl das öffentlich-rechtliche Baurecht grundsätzlich nur als Inhaltsbestimmung des Eigentums (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) angesehen wird<sup>130)</sup>. Das Eigentum an Grundstücken wird durch das Baurecht so weitgehend eingeschränkt, daß mitunter zweifelhaft sein könnte, ob es nicht bereits in seinem Wesensgehalt angetastet wird, Art. 19 Abs. 2 GG. In diesen Fällen ist zu berücksichtigen, daß die Baubeschränkungen außer Nachteilen auch Vorteile bewirken. Soweit Nachbarrechte gewährt werden, wird das Eigentum an Grundstücken erweitert<sup>131)</sup>. Die Nachteile der Baubeschränkungen werden durch die Vorteile weitgehend kompensiert<sup>132)</sup>. Aus diesem Grunde und weil außerdem kein Sonderopfer vorliegt, scheidet die Annahme von Enteignungen aus. Durch die Befreiung wird erneut in das Eigentum eingegriffen. In diesem Fall liegt ein Sondereingriff vor, bei dem den Nachteilen keine Vorteile mehr gegenüberstehen. Dem Nachbarn verbleiben u. U. nur die Nachteile der Baubeschränkungen, so daß die Frage, ob der Wesensgehalt des Eigentums angetastet

<sup>126)</sup> Schrödter, § 31 Anm. 3; Meyer, DWW 62/133 (137); OVG Mstr. 10/292 (294); OVG Lünebg., DVBl 61/477 (479).

<sup>127)</sup> Brügelmann-Grauvogel, § 31 Anm. 3 a, cc; Schrödter, § 31 Anm. 3; Schütz-Frohberg, § 31 Anm. 2; Fickert, § 31 Anm. 5 e, aa; Meyer, DWW 62/133 (137); Dörrfler, NJW 63/14 (18); Pietzonka, NJW 54/1181; OVG Lünebg. 18/341 (346); OVG Mstr., DVBl 60/603; Hess. VGH 10/108 (115 ff.).

<sup>128)</sup> Schrödter, § 31 Anm. 3; Schütz-Frohberg, § 31 Anm. 2; Meyer, DWW 62/133 (137).

<sup>129)</sup> Brügelmann-Grauvogel, § 31 Anm. 3 a, cc; Schütz-Frohberg, § 31 Anm. 1; Rübner, DVBl 63/609 (613).

<sup>130)</sup> Rübner, DVBl 63/609 (612).

<sup>131)</sup> BVerwG, DVBl 61/125.

<sup>132)</sup> Evers, JuS 62/87 (90).

wird, wieder aktuell wird<sup>133)</sup>. Auch diese Frage kann jedoch nur für den Einzelfall beantwortet werden.

Der materielle Schutz der Nachbarrechte wird also durch die Möglichkeit, Befreiungen im Rahmen des § 31 Abs. 2 BBauG zu erteilen, eingeschränkt.

4. Baugenehmigungen, die ohne Befreiung erteilt werden, obwohl dem Bauvorhaben nachbarschützende Vorschriften entgegenstehen, sind rechtswidrig. Sie verletzen die betreffenden Nachbarrechte<sup>134)</sup>, weil Baugenehmigungen nicht nur die Vereinbarkeit von geplanten Bauwerken mit dem öffentlichen Recht feststellen, sondern zugleich die Ausführung der genehmigten Vorhaben gestatten<sup>135)</sup>, und zwar in diesen Fällen im Widerspruch zu den Nachbarrechten. Die Verletzung der Nachbarrechte ist eine Folge der rechtswidrig erteilten Baugenehmigungen. Diese sind Verwaltungsakte mit Drittwirkung<sup>136)</sup>.

5. Bauten der öffentlichen Hand bedürfen lediglich der Zustimmung der höheren Baubehörde. Eine Baugenehmigung ist nicht erforderlich<sup>137)</sup>. Daraus ergeben sich besondere Fragen hinsichtlich des Nachbarschutzes. Das Zustimmungsverfahren beruhte ursprünglich und beruht in einigen Bundesländern noch<sup>138)</sup> auf der „Verordnung über die baupolizeiliche Behandlung von öffentlichen Bauten“ vom 20. 11. 1938<sup>139)</sup>.

Bauten des Reiches, der Länder usw. bedürfen nach § 1 Abs. 1 Satz 1 VO keiner baupolizeilichen Genehmigung, Überwachung und Abnahme, wenn sie unter Leitung von Beamten des höheren bautechnischen Verwaltungsdienstes vorbereitet und ausgeführt werden. Für öffentliche Bauten ist nur die „Zustimmung“ der höheren Baubehörde erforderlich, § 2 VO. Diese Zustimmung ergeht grundsätzlich verwaltungsintern<sup>141)</sup>.

Die Verordnung gilt als Landesrecht fort (Art. 123 Abs. 1 GG), soweit sie nicht durch neuere landesrechtliche Regelungen aufgehoben worden ist. Der Grund dafür liegt darin, daß das Bauordnungsrecht unter die Gesetzgebungskompetenz der Länder fällt<sup>142)</sup>. Das Bundesbaugesetz hat die Verordnung nicht aufgehoben. Zwar hat § 186 Nr. 14 BBauG die Ermächtigungsgrundlage für den Erlass der Verordnung, das Gesetz über einstweilige Maßnahmen zur Ordnung des deutschen Siedlungswesens vom 3. 7. 1934<sup>143)</sup> aufgehoben, jedoch ist damit nicht zugleich die Verordnung selbst außer Kraft getreten.

In neuerer Zeit haben mehrere Bundesländer in ihren Bauordnungen Sonderregelungen für öffentliche Bauten getroffen, die denen in der Verordnung vom 20. 11. 1938 weitgehend entsprechen. Zu erwähnen ist zunächst die Hessische Bauordnung vom

<sup>133)</sup> RUFNER, DVBl 63/609 (613).

<sup>134)</sup> OVG Mstr. 15/192 (195 ff.); Hess. VGH 10/108 (113); Schütz-Frohberg, § 31 Anm. 2.

<sup>135)</sup> BVerwG, NJW 65/551 (552).

<sup>136)</sup> DÖRFFLER, NJW 63/14 (17).

<sup>137)</sup> Vgl. z. B. VO vom 20. 11. 1938 (RGBl I S. 1677); Berliner BauO vom 29. 7. 1966 (GVBl S. 1175) — § 99.

<sup>138)</sup> BRÜGELMANN-GRAUVOGEL, § 29 Anm. 1 c; HEITZER-OESTREICHER, Anm. zu § 29.

<sup>139)</sup> RGBl I S. 1677.

<sup>141)</sup> OBERMAYER, DVBl 58/419 (420); BÖHM, DVBl 59/726 (729).

<sup>142)</sup> BVerfG 3/407 (434); vgl. dementsprechend § 29 Satz 4 BBauG.

<sup>143)</sup> GVBl S. 87.

6.7. 1957<sup>144)</sup>). Die in der Folgezeit ergangenen Bauordnungen der Länder Bayern<sup>145)</sup>, Nordrhein-Westfalen<sup>146)</sup>, Rheinland-Pfalz<sup>147)</sup>, Baden-Württemberg<sup>148)</sup> und Berlin<sup>149)</sup> beruhen im wesentlichen auf der Musterbauordnung vom 30. 10. 1959, die aufgrund einer Vereinbarung zwischen dem Bundesminister für Wohnungsbau und den zuständigen Ministern der Länder ausgearbeitet wurde<sup>150)</sup>. Auch die Musterbauordnung und die auf ihr beruhenden Bauordnungen haben für Bauvorhaben des Bundes und der Länder eine verfahrensmäßige Sonderregelung getroffen. Bei genehmigungspflichtigen Vorhaben ist die Zustimmung der höheren Baubehörde einzuholen; bei anzeigepflichtigen Vorhaben genügt eine Anzeige, vgl. z. B. § 105 MusterBauO.

Die verfahrensmäßige Sonderstellung für Bauten des Bundes und der Länder bedeutet jedoch nicht, daß diese vom materiellen öffentlichen Recht freigestellt sind<sup>151)</sup>. Abweichungen vom materiellen Baurecht sind nur auf Grund von Befreiungen zulässig. Vor der Erteilung von Befreiungen ist den Nachbarn Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben, wenn zu erwarten ist, daß ihre öffentlich-rechtlich geschützten Belange berührt werden.

Wird den Einwendungen eines Nachbarn nicht entsprochen, so ist ihm die Entscheidung über die Befreiung bekanntzugeben, §§ 105 Abs. 5 i. V. mit 92 MusterBauO, §§ 9 Abs. 5 i. V. mit 87 Berliner BauO. Diese Entscheidung ist ein Verwaltungsakt und deshalb mit einer Rechtsmittelbelehrung zu versehen<sup>152)</sup>. Damit ist dem Nachbarn die Möglichkeit gegeben, die Befreiung wie in jedem anderen Falle vor den Verwaltungsgerichten anzufechten.

Verfassungsmäßige Bedenken, die Obermayer<sup>153)</sup> gegen die verfahrensmäßige Sonderbehandlung der öffentlichen Bauten in der Verordnung vom 20. 11. 1938 geltend gemacht hat, bestehen hinsichtlich der Bauordnungen, die auf der Musterbauordnung beruhen, nicht. Obermayer war davon ausgegangen, daß auch Befreiungen von nachbarschützenden Vorschriften durch verwaltungsinterne Zustimmung erteilt werden können mit der Folge, daß keine anfechtbare Entscheidung ergeht und dem Nachbarn der Rechtsschutz genommen wird. Die unterschiedliche Regelung der Erteilung von Befreiungen für öffentliche und private Bauherrn sah Obermayer als sachlich nicht gerechtfertigt an. Die Verordnung vom 20. 11. 1938 war deshalb nach seiner Auffassung nichtig, Art. 3 GG<sup>154)</sup>.

Da die Verordnung in einigen Bundesländern noch gilt, hat die Frage insoweit aktuelle Bedeutung. Aus ihrem Wortlaut läßt sich nicht mit Sicherheit ableiten, daß die Nachbarn vor der Erteilung von Befreiungen anzuhören sind und ihnen gegen-

<sup>144)</sup> GVBl für Hessen S. 101, §§ 64, 66 Abs. 4, 73.

<sup>145)</sup> Bayerische Bauordnung vom 1. 8. 1962 — Bayer. GVBl S. 179, §§ 103, 89.

<sup>146)</sup> Bauordnung für das Land Nordrhein-Westfalen vom 25. 6. 1962 — GVBl Nordrhein-Westfalen S. 373, §§ 97, 87.

<sup>147)</sup> Landesbauordnung für Rheinland-Pfalz vom 15. 11. 1961 — GVBl Rheinland-Pfalz S. 229, §§ 75, 78.

<sup>148)</sup> Landesbauordnung für Baden-Württemberg vom 6. 4. 1964 — GVBl Baden-Württemberg S. 151, §§ 107, 93.

<sup>149)</sup> Bauordnung für Berlin vom 29. 7. 1966 — GVBl Berlin, S. 1175, §§ 99, 87.

<sup>150)</sup> Amtl. Begr. zur Berliner BauO vom 29. 7. 1966, Drucks. des Abgeordnetenhauses von Berlin, 4. WP, Nr. 995.

<sup>151)</sup> Amtl. Begr. zu § 99 Berliner BauO vom 29. 7. 1966, Drucks. des Abgeordnetenhauses von Berlin, 4. WP, Nr. 995.

<sup>152)</sup> Amtl. Begr. zu § 87 Berliner BauO vom 29. 7. 1966, Drucks. des Abgeordnetenhauses von Berlin, 4. WP, Nr. 995.

<sup>153)</sup> DVBl 58/419.

<sup>154)</sup> Obermayer, DVBl 58/419 (421).

über gegebenenfalls eine anfechtbare Entscheidung ergeht. Es wird lediglich bestimmt, daß die allgemeinen baupolizeilichen Vorschriften auch auf öffentliche Bauten anzuwenden sind, §§ 1 Abs. 1 Satz 2, 2 Abs. 3 Satz 2 VO. Damit wird nur gesagt, daß diese Vorschriften einzuhalten sind. Die Verordnung kann aber bei der Erteilung von Befreiungen nur unter Beachtung der Regelungen der neueren Verwaltungsverfahrensgesetze angewendet werden. Nachbarn, deren Rechte berührt werden, sind danach anzuhören und zu beschneiden. Andernfalls würde die Regelung gegen Art. 3 und 19 Abs. 4 GG verstoßen, weil dem Nachbarn jeder wirksame Rechtsschutz genommen wäre (vgl. S. 38).

Dieselben Gesichtspunkte gelten für die Hessische Bauordnung vom 9.7.1957<sup>155</sup>). Jedoch kann hier aus der Systematik des Gesetzes geschlossen werden, daß gegenüber Nachbarn, deren Rechte beeinträchtigt werden, eine anfechtbare Entscheidung ergeht<sup>156</sup>). Das Gesetz regelt die Sonderstellung öffentlicher Bauherrn im Zusammenhang mit Baugenehmigungen und nicht mit den Voraussetzungen für Befreiungen.

Es kann demnach festgestellt werden, daß Nachbarn aus dem Zustimmungsverfahren für öffentliche Bauten keine besonderen Rechtsnachteile erwachsen. Das gilt zumindest hinsichtlich der Bauordnungen, die auf der Musterbauordnung beruhen.

6. Die Änderung von Bebauungsplänen unter Aufhebung von Nachbarrechten sind Gesetzgebungsakte. Diese können die bisherigen Rechtsinhaber vor den Verwaltungsgerichten nicht anfechten und sind insoweit schutzlos. Nach der Änderung der Bebauungspläne können Baugenehmigungen erteilt werden, in denen lediglich die Übereinstimmung der Bauvorhaben mit dem „neuen“ Bebauungsplan festgestellt wird<sup>156a</sup>).

## II. Die Zumutbarkeit als Grenze des materiellen Schutzes der Nachbarrechte

1. Vereinzelt ist versucht worden, den materiellen Schutz der Nachbarrechte gegenüber rechtswidrigen Befreiungen, deren Voraussetzungen nicht erfüllt sind, auf unzumutbare Rechtsverletzungen zu beschränken<sup>157</sup>). Lorenz schlägt vor, die im Sachenrecht entwickelten Grundsätze zum „nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis“ entsprechend anzuwenden<sup>158</sup>). Die Rechtsfigur des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses stellt eine Anwendung des Grundsatzes von Treu und Glauben auf das nachbarliche Zusammenleben dar. Aus ihm wird für die Beteiligten die Pflicht zu gegenseitiger Rücksichtnahme abgeleitet, die unter gewissen Voraussetzungen die Ausübung eines an sich bestehenden Rechts, ohne daß ein Verstoß gegen die guten Sitten vorliegt, als unzulässig erscheinen läßt<sup>159</sup>). Dabei handelt es sich allerdings nicht um einen typischen Fall unzulässiger Rechtsausübung, sondern um die elastische Bestimmung der Eigentumsgrenzen<sup>160</sup>). Lorenz a.a.O. meint, die öffentlich-rechtlichen Nachbarrechte würden ebenfalls durch den Grundsatz von Treu und Glauben geprägt. Unabhängig davon, daß sich die öffentlich-rechtlichen Nachbarrechte gegen

<sup>155</sup>) GVB1 für Hessen S. 101.

<sup>156</sup>) Böhm, DVBl 59/726 (729).

<sup>156a</sup>) Blümel, DOV 59/665 (670).

<sup>157</sup>) Lorenz, DOV 64/480; OVG Mstr., DVBl 60/603.

<sup>158</sup>) DOV 64/480.

<sup>159</sup>) BGH, NJW 58/1580 (1581); Soergel-Mühl, § 1004 RNR. 82; Soergel-Siebert, § 242 RNR. 14.

<sup>160</sup>) Soergel-Siebert, § 242 RNR. 14.

die Baubehörden als Hoheitsträger richten, sei das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis die Grundlage auch der öffentlich-rechtlichen Nachbarrechte.

2. Eine entsprechende Anwendung der Grundsätze über das nachbarliche Gemeinschaftsverhältnis scheitert aber an dem Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht.

Die Beschränkung des Rechtsschutzes auf unzumutbare Rechtsverletzungen verstößt gegen die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG. Kein Akt der Exekutive, der in Rechte des Bürgers eingreift, kann richterlicher Nachprüfung entzogen werden<sup>161)</sup>. Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet einen lückenlosen Rechtsschutz<sup>162)</sup>. Der Bürger braucht einen rechtswidrigen Eingriff in seine Rechte nicht hinzunehmen, selbst wenn ihm die Hinnahme des zugefügten Unrechts zugemutet werden kann. Gegenüber rechtswidrigen Befreiungen ist also eine Einschränkung der Nachbarrechte entsprechend § 242 BGB, wie das bei der Rechtsfigur des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses geschieht, nicht zulässig. Zwar dienen die öffentlich-rechtlichen Nachbarrechte auch der Aufrechterhaltung der durch den Bebauungsplan geschaffenen Ordnung im Verhältnis der Nachbarn untereinander, jedoch stehen die unterschiedlichen Rechtsbeziehungen, dort zwischen Gleichgeordneten, hier zwischen dem Bürger und einem Hoheitsträger, einer entsprechenden Rechtsanwendung entgegen. Der Rechtsschutz wird im öffentlichen Recht durch das Schikaneverbot und nicht durch den Grundsatz von Treu und Glauben oder die Zumutbarkeit begrenzt<sup>163)</sup>.

Der materielle Schutz der Nachbarrechte wird nur durch die Interessenabwägung im Rahmen der Befreiungserteilung (§ 31 Abs. 2 BBauG) eingeschränkt. Gegenüber rechtswidrigen Befreiungen gewähren die öffentlich-rechtlichen Nachbarrechte uneingeschränkten Rechtsschutz<sup>164)</sup>.

### III. Teil

## Verfahrensrechtliche Fragen des öffentlich-rechtlichen Nachbarrechts

### I. Der Rechtsweg

1. Der Verwaltungsrechtsweg ist grundsätzlich in allen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art gegeben, § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO. Daß Streitigkeiten zwischen Banachbarn und den Baugenehmigungs- und Bauaufsichtsbehörden, in denen die Verletzung von Nachbarrechten durch Entscheidungen der betreffenden Behörden geltend gemacht werden, öffentlich-rechtliche Streitigkeiten sind, wird in der Rechtsprechung ausnahmslos und im Schrifttum ganz überwiegend angenommen — umstritten ist nur die zulässige Klageart.

<sup>161)</sup> BVerfG 10/264 (267).

<sup>162)</sup> Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 RNr. 9.

<sup>163)</sup> Schäfer, DVBl 62/844 (845); Widtmann, ZBR 60/387 (388); v. Gehe, Fischers Zeitschrift Bd. 39/97 (143 f.); BVerfG 10/264 (267); OVG Mstr., DOV 61/429.

<sup>164)</sup> Schütz-Frohberg, § 31 Anm. 2; Bernhardt, JZ 63/302 (303); Meyer, DWW 62/133 (137, Fußnote 36); Schäfer, DVBl 62/844 (845); Menger, Verw.Arch. 51/375 (377); OVG Mstr., DVBl 64/160; a. A. noch OVG Mstr., DVBl 60/603.

Vereinzel werden in der Literatur aber auch die Auffassungen vertreten, anstelle des Verwaltungsrechtsweges sei allein<sup>165)</sup> oder vorrangig<sup>166)</sup> der Zivilrechtsweg gegeben, weil Streitigkeiten aus dem Nachbarverhältnis typisch zivilrechtliche Streitigkeiten seien, die zwischen den Nachbarn und dem Bauherrn ausgetragen werden müßten<sup>167)</sup>. Die Nachbarklagen werden dementsprechend als Unterfall der Eigentumsabwehrklage<sup>168)</sup>, als Streit um die zukünftige Form des nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnisses<sup>169)</sup> oder als Klage auf Schadensersatz gemäß § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit nachbarschützenden Vorschriften<sup>170)</sup> angesehen.

Sellmann<sup>171)</sup> hält außerdem das Rechtsschutzbedürfnis für öffentlich-rechtliche Nachbarklagen nicht für gegeben, weil Nachbarn die Beseitigung oder Unterlassung von Störungen durch Klage gegen den Bauherrn vor den Zivilgerichten erreichen könnten. Es ist seiner Auffassung nach deshalb nicht gerechtfertigt, daß sie ihr Ziel auf dem Umweg über die Bauverwaltung zu erreichen suchen, die ihrerseits gegen den Bauherrn einschreiten müßte und deren Entscheidungen auf Klage des Bauherrn von den Verwaltungsgerichten aufgehoben werden könnten. Rüfner<sup>172)</sup> folgt dieser Ansicht hinsichtlich der Bauwerke, die ohne Befreiung zulässig sind.

2. Die Zulässigkeit des Rechtsweges hängt davon ab, ob die Streitigkeit dem öffentlichen oder privaten Recht zuzurechnen ist. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten (§ 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO) sind von den Verwaltungsgerichten, bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten (§ 13 GVG) von den Zivilgerichten zu entscheiden. Eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit liegt vor, wenn eine Rechtsfolge aus einem Rechtsverhältnis des öffentlichen Rechts geltend gemacht wird<sup>173)</sup>. Das ist u. a. der Fall, wenn die Parteien in einem Über- und Unterordnungsverhältnis zueinander stehen und der geltend gemachte Anspruch aus dem Subordinationsverhältnis<sup>174)</sup> herrührt. Ein Über- und Unterordnungsverhältnis zwischen der Baugenehmigungsbehörde und den betroffenen Nachbarn wird durch die Erteilung der Befreiung in ihrer Eigenschaft als Verwaltungsakt mit Doppelwirkung oder eine (rechtswidrige) Baugenehmigung mit Drittwirkung begründet.

Klagt ein in die Regelung einbezogener oder betroffener Nachbar dagegen, so macht er einen Anspruch aus dem Subordinationsverhältnis geltend; es liegt also eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit vor. Dasselbe gilt unter Zugrundelegung der sog. Zuordnungstheorie, weil die Bauverwaltung auf Grund eines ihr zustehenden Sonderrechts als Trägerin hoheitlicher Gewalt entscheidet<sup>175)</sup>. Auch die Fälle, in denen Nachbarn nicht die Aufhebung einer Entscheidung der Behörde, sondern deren Einschreiten gegen einen materiell-rechtswidrigen Bau begehren, sind öffentlich-rechtliche Streitigkeiten, denn die Behörde wird als Hoheitsträgerin in Anspruch genommen. Es wird der Erlaß eines Verwaltungsaktes oder die Vornahme einer Amtshandlung begehrt.

<sup>165)</sup> Sellmann, DVBl 63/273 (280 f.); Redeker, NJW 59/749 (750).

<sup>166)</sup> Rüfner, DVBl 63/609.

<sup>167)</sup> Sellmann, DVBl 63/273 (280 f.); Redeker, NJW 59/749 (750); Kniestedt, DÖV 62/89 (90).

<sup>168)</sup> Redeker, NJW 59/749 (750).

<sup>169)</sup> Kniestedt, DÖV 62/89 (91); Rüfner, DVBl 63/609; Sellmann, DVBl 63/273 (281).

<sup>170)</sup> Kniestedt, DÖV 62/89 (91); Rüfner, DVBl 63/609; Redeker, NJW 59/749 (750).

<sup>171)</sup> DVBl 63/273 (280).

<sup>172)</sup> DVBl 63/609.

<sup>173)</sup> Eyermann-Fröhler, § 40 RNr. 1; BVerwG 4/215 (217).

<sup>174)</sup> Eyermann-Fröhler, § 40 RNr. 3; Forsthoff, S. 99 f.

<sup>175)</sup> Wolff, Verwaltungsrecht I § 22 II C; Ule, Verwaltungsprozeßrecht § 8 II; Soergel-Siebert, Einl. RNr. 54; Menger, Verw.Arch. 50/198.

Daneben können Nachbarn gegen den Bauherrn auf Unterlassung oder Beseitigung von Störungen, die sich aus dessen Bautätigkeit ergeben, klagen. Ganz gleich, auf welche Normen die Ansprüche gestützt werden — §§ 905 ff, 242, 1004, 862, 823 BGB — es handelt sich stets um bürgerlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern, für die der Zivilrechtsweg gegeben ist.

Man kann allerdings erwägen, ob der Bauherr durch die ihm erteilte Bauerlaubnis oder Befreiung ein sog. beliehener Unternehmer<sup>176)</sup> geworden ist und damit die von seinem Grundstück ausgehenden Störungen hoheitliche Maßnahmen sind. Durch eine Beleihung können bestimmte Aufgaben und Befugnisse der öffentlichen Verwaltung auf Privatrechtssubjekte delegiert werden<sup>177)</sup>. Soweit diese auf Grund der übertragenen öffentlich-rechtlichen Befugnisse Dritten gegenüber tätig werden, handelt es sich um hoheitliche Maßnahmen, u. U. sogar Verwaltungsakte, gegen die Rechtsschutz vor den Verwaltungsgerichten gewährt wird<sup>178)</sup>.

Baugenehmigungen und Befreiungen übertragen jedoch keine hoheitlichen Befugnisse auf den Bauherrn im Sinne einer Beleihung<sup>179)</sup>. Die Bauerlaubnis stellt nur die grundsätzlich bestehende Baufreiheit wieder her, indem sie das aus ordnungsrechtlichen Gründen bestehende Verbot mit Erlaubnisvorbehalt aufhebt<sup>180)</sup>. Eine Befreiung erweitert zwar den Rechtskreis des Empfängers, aber nur dahingehend, daß Baubeschränkungen für ihn außer Kraft gesetzt werden. Öffentlich-rechtliche Streitigkeiten zwischen Nachbarn sind also ausgeschlossen<sup>181)</sup>.

Als Ergebnis ist festzustellen, daß einem Nachbarn gegen seine Rechte verletzende Regelungen der Bauverwaltung, wozu auch die Ablehnung des Einschreitens gegen materiell-rechtswidrige Bauwerke zählt, der Verwaltungsrechtsweg offensteht. Außerdem ist gegen die vom Bauherrn ausgehenden Störungen der Zivilrechtsweg gegeben. Es besteht eine Rechtswegkonkurrenz.

3. Begründete Bedenken dagegen bestehen nicht. Da das Prozeßrecht die Konkurrenz der beiden Rechtswege nicht ausschließt, ist davon auszugehen, daß das Gesetz dem Nachbarn beide Rechtsschutzarten nach seiner Wahl freistellt<sup>182)</sup>. Ebensowenig ist einer der beiden Rechtswege gegenüber dem anderen subsidiär<sup>183)</sup>. Art. 19 Abs. 4 Satz 2 GG enthält eine Subsidiaritätsklausel nur für den Fall fehlenden Rechtsschutzes. Ein Vorrang des einen oder anderen Rechtsweges kann aus Art. 19 Abs. 4 GG nicht hergeleitet werden, wenn auch die Vorschrift in erster Linie von der Zuständigkeit der Verwaltungsgerichte ausgeht<sup>184)</sup>.

Lediglich hinsichtlich des Rechtsschutzbedürfnisses können Bedenken auftreten<sup>185)</sup>. Die Frage des Rechtsschutzbedürfnisses ist hinsichtlich der Eröffnung eines Rechtsweges wiederholt untersucht worden. Ob das Rechtsschutzbedürfnis für die Inan-

<sup>176)</sup> Wolff, Verwaltungsrecht II § 104 I a; Huber, S. 533.

<sup>177)</sup> Huber S. 533.

<sup>178)</sup> Huber, S. 545; Wolff, Verwaltungsrecht II § 104 V b.

<sup>179)</sup> Wolff, Verwaltungsrecht II § 104 I e.

<sup>180)</sup> BVerwG, NJW 65/551.

<sup>181)</sup> a. A. Schröer, DOV 66/228 (231).

<sup>182)</sup> Pohle, S. 222.

<sup>183)</sup> Menger, Verw.Arch. 52/92 (102 f.).

<sup>184)</sup> Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 RNr. 42.

<sup>185)</sup> Sellmann, DVBl 63/273 (280).

spruchnahme eines Rechtsweges besteht, richtet sich nach verschiedenen Merkmalen, die insbesondere von der Lehre entwickelt worden sind.

Das Rechtsschutzbedürfnis liegt danach nicht vor, wenn ein speziellerer Rechtsweg offensteht<sup>186)</sup>. Ein Spezialitätsverhältnis, wie z. B. zwischen den allgemeinen und besonderen Verwaltungsgerichten — Sozial- (§ 15 SGG) und Finanzgerichten<sup>187)</sup> — besteht zwischen dem Verwaltungs- und dem Zivilrechtsweg nicht.

Das Rechtsschutzbedürfnis kann ferner fehlen, wenn ein einfacherer prozessualer Weg zur Verfügung steht, auf dem der Kläger eine Entscheidung mit gleicher Wirkung erlangen kann<sup>188)</sup>. Dabei sind sämtliche Wirkungen einer Entscheidung und nicht nur die Erstreckung der Rechtskraft zu berücksichtigen<sup>189)</sup>.

Zweifelhaft erscheint es bereits, ob der Zivilrechtsweg dem Nachbarn die einfachere Rechtsdurchsetzung ermöglicht, denn die Amtsermittlungspflicht (§ 86 VwGO), die ihn im Verwaltungsstreitverfahren begünstigt, kommt ihm nicht zugute. Wenn man den Begriff des „einfacheren prozessualen Weges“ aber nicht nur auf die Verfahrensgestaltung bezieht, dann müßte der zivilgerichtliche Rechtsschutz als der einfachere angesehen werden. Denn der Nachbar erreicht unmittelbar die Untersagung und Verhinderung der Störungen, ohne die Zwischenschaltung der Bauverwaltung, die u. U. ihrerseits erst weitere Maßnahmen gegen den Bauherrn treffen muß.

Dieser Gesichtspunkt ist jedoch nicht entscheidend, weil nur die Verwaltungsgerichte dem Nachbarn hinreichenden Rechtsschutz gewähren können. Das gilt auf jeden Fall, wenn dem Bauherrn eine Befreiung von nachbarschützenden Vorschriften erteilt worden ist. Die Befreiung hat nämlich als Verwaltungsakt sog. Tatbestandswirkung<sup>190)</sup>, d. h. die Zivilgerichte haben den durch sie geschaffenen Rechtszustand zu beachten, auch wenn die Befreiung rechtswidrig ist. Lediglich bei Nichtigkeit des Verwaltungsaktes entfällt die Tatbestandswirkung<sup>191)</sup>. Auf Grund der Tatbestandswirkung sind die Zivilgerichte auch an die rechtswidrige Aufhebung der Nachbarrechte durch Befreiungen gebunden. Ein wirksamer zivilgerichtlicher Rechtsschutz des Nachbarn ist damit in vielen Fällen kaum noch möglich<sup>192)</sup>.

Aus § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit einem einschlägigen Nachbarrecht als Schutzgesetz<sup>193)</sup> können keine Ansprüche mehr hergeleitet werden; ebensowenig aus § 823 Abs. 1 BGB, weil die Erweiterung des materiellen Eigentums durch die Gewährung eines Nachbarrechts<sup>194)</sup> ebenfalls aufgehoben ist. Die übrigen zivilrechtlichen Ansprüche aus den §§ 906 ff, 1004, 862 BGB und dem nachbarlichen Gemeinschaftsverhältnis werden nur selten begründet sein, weil in den typischen Fällen von Verstößen gegen das öffentliche Baurecht keine Übergriffe des Bauherrn auf Nachbargrundstücke erfolgen, z. B. stört eine Bauwichüberschreitung weder das Eigentum von Nachbarn an ihren Grundstücken noch verletzt sie es.

<sup>186)</sup> Schönke, S. 25; Stein-Jonas-Schönke-Pohle, Einl. D II 2 b; Hans. OLG Bremen, MDR 53/109 (110).

<sup>187)</sup> Eyermann-Fröhler, § 40 RNR. 100.

<sup>188)</sup> Schönke, S. 25; Hans. OLG Bremen, MDR 53/109 (110); ähnlich Pohle, S. 223.

<sup>189)</sup> Schönke, S. 30.

<sup>190)</sup> Glaser-Dröschel, S. 254; Schrödter, § 31 Anm. 4; Rübner, DVBl 63/609; Seuffert, NJW 59/1184 (1185); BGH, NJW 59/2013 (2014).

<sup>191)</sup> Eyermann-Fröhler, § 40 RNR. 27; BVerwG 4/317 (331).

<sup>192)</sup> BVerwG, DVBl 66/269 (270).

<sup>193)</sup> Kniestedt, DOV 62/89 (90); Rübner, DVBl 63/609; Dörffler, NJW 63/14 (18); Soergel-Mühl, § 1004 RNR. 16; Palandt-Hoche, Anm. 2 d, bb vor § 903; RGZ 87/371 (373 f.); LG Dortmund, NJW 64/2065; OLG München, NJW 59/341; a. A. OLG Celle, NJW 53/388.

<sup>194)</sup> BVerwG, NJW 61/793; Schrödter, § 31 Anm. 4.

Aber auch in den Fällen, in denen keine Befreiung erteilt worden ist, besteht das Rechtsschutzbedürfnis für die Inanspruchnahme des Verwaltungsrechtsweges. Das folgt daraus, daß eine verwaltungsgerichtliche Klage auf anderen Rechtsgrundlagen beruht und gegen einen anderen Rechtsträger gerichtet ist. Hinzukommt, daß sie die Aufhebung oder den Erlaß eines Verwaltungsaktes oder die Vornahme einer Amtshandlung zum Gegenstand hat mit der weiteren Folge, die Störung zu unterbinden, während im Zivilrechtsweg auf Beseitigung der Störung selbst geklagt wird<sup>195</sup>).

Der Verwaltungsrechtsweg ist also in allen Fällen, in denen öffentlich-rechtliche Nachbarrechte verletzt werden, zulässig.

## II. Die Baunachbarklage als Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage

Der Begriff Bau-„Nachbarklage“ sagt nichts über die zulässige prozessuale Klageart aus. Er gibt nur zu erkennen, daß der Kläger zufällig Nachbar ist und auf Grund dieser Stellung klagt. Die Klage kann prozessual grundsätzlich in jeder nach der Verwaltungsgerichtsordnung zulässigen Klageart erhoben werden<sup>196</sup>).

### 1. Die Stellungnahme von Rechtsprechung und Literatur zur Frage der Klageart

Die Rechtsprechung sieht Nachbarklagen gegen bereits erteilte Befreiungen oder Baugenehmigungen mit Drittwirkung neuerdings einhellig als Anfechtungsklagen an<sup>197</sup>), nachdem das OVG Münster seinen abweichenden Standpunkt<sup>198</sup>) aufgegeben hat<sup>199</sup>). Das OVG Münster vertrat die Auffassung, Nachbarklagen seien „in der Regel“ als Vornahmeklagen anzusehen, weil der Nachbar nicht nur die Aufhebung der erteilten Bauerlaubnis, sondern deren endgültige Versagung in Gestalt eines ihn begünstigenden Verwaltungsaktes erreichen wolle. Als Begründung wurde ferner angeführt, daß der Nachbar häufig nicht wisse, von welchen Vorschriften Befreiung erteilt worden sei, und daß die Vornahmeklage im Gegensatz zur Anfechtungsklage bereits vorbeugend gegen höchstwahrscheinlich zu erwartende Befreiungen zulässig sei<sup>200</sup>). Nach der nunmehr auch vom OVG Münster anerkannten Ansicht, wird dagegen Rechtsschutz in Form der Anfechtungsklage gewährt, weil die Rechtskraftwirkung des Aufhebungsurteils den Nachbarn hinreichend sichert<sup>201</sup>).

Im Schrifttum sind die Meinungen geteilt. Es werden die Anfechtungsklage<sup>202</sup>), die Verpflichtungsklage<sup>203</sup>) oder beide wahlweise<sup>204</sup>) für zulässig gehalten. Vereinzelt

<sup>195</sup>) BVerwG, NJW 61/1129; Bettermann, NJW 61/1097; Menger, Verw.Arch. 52/92 (102 f.); a. A. Peters, DVBl 66/171 (173).

<sup>196</sup>) Schäfer, DVBl 60/837 (843).

<sup>197</sup>) BVerwG, NJW 54/1214; DVBl 62/223 (224); Bayer, VGH, DÖV 53/445; OVG Berlin, JR 62/116; VGH Freiburg, NJW 55/1412; Hess. VGH 10/108; VGH Stuttgart, VwRspr. 9/966; OVG Lünebg. 18/341; OVG Mstr., NJW 65/170; BVerwG, DVBl 66/269 (270).

<sup>198</sup>) OVG Mstr. 13/6 (9); DVBl 58/68.

<sup>199</sup>) OVG Mstr., NJW 65/170.

<sup>200</sup>) OVG Mstr. 13/6 (9).

<sup>201</sup>) OVG Lünebg. 13/492 (494).

<sup>202</sup>) Schrödter, § 31 Anm. 6; Schütz-Frohberg, § 31 Anm. 2; Meyer, DWW 62/133 (138); Schäfer, DVBl 62/844 (846); Fromm, BB 62/985 (986); Theuerkauf, DVBl 64/386.

<sup>203</sup>) Brügelmann-Grauvogel, § 31 Anm. 6 b; Gelzer, NJW 58/325 (326); Kniestedt, DÖV 62/89; Menger, Verw.Arch. 49/272 (279).

<sup>204</sup>) Evers, JuS 62/87 (90); Glaser-Dröschel, S. 251; Obermayer, JuS 63/110 (111); Schäfer, DVBl 62/844 (846).

wird vorgeschlagen, Rechtsschutz in Form einer abgewandelten Anfechtungsklage ohne Suspensiveffekt (§ 80 VwGO) zu gewähren<sup>205</sup>).

Gegenüber bevorstehenden rechtswidrigen Entscheidungen der Baugenehmigungsbehörden wird die Gewährung vorbeugenden Rechtsschutzes befürwortet<sup>206</sup>), wofür die Leistungs-<sup>207</sup>), Unterlassungs-<sup>208</sup>), Verpflichtungs-<sup>209</sup>) und Feststellungsklage<sup>210</sup>) in Betracht kommen.

## 2. Die Bedeutung der Untersuchung

Die Frage nach der sachgerechten Klageart ist für die Beteiligten von großer praktischer Bedeutung. Sellmann<sup>211</sup>) und Kellner<sup>212</sup>) stellen mit Recht die Frage, wer den Schaden zu tragen hat, wenn die Klage eines Nachbarn gegen die Bauverwaltung — u. U. nach jahrelangem Prozessieren — abgewiesen wird und die Bauausführung bis zur rechtskräftigen Entscheidung verzögert worden ist oder der Bauherr von seinem Vorhaben zurücktreten mußte. Geht man davon aus, daß das Verwaltungsrecht seinem Wesen nach auf einen vernünftigen Interessenausgleich ausgerichtet ist<sup>213</sup>), so sind die wirtschaftlichen und finanziellen Auswirkungen, die ein solcher Prozeß für die Beteiligten hat, letztlich entscheidend<sup>214</sup>). Die Regelung des Schadensersatzes hängt weitgehend von der Art des dem Kläger gewährten vorläufigen Rechtsschutzes und damit grundsätzlich von der Klageart ab. Denn § 80 VwGO gewährt für den Fall, daß die Anfechtungsklage abgewiesen wird, keinen Schadensersatz, so daß möglicherweise nur die allgemeinen Anspruchsgrundlagen verbleiben, während § 123 Abs. 3 VwGO die Gefährdungshaftung des § 945 ZPO für anwendbar erklärt.

Bei der Untersuchung, welche Klageart sachgerechten Rechtsschutz gewährt, ist von dem Klagebegehren des Nachbarn auszugehen, wie es sich sinngemäß aus dem Klageantrag ergibt. Der Nachbar als Kläger bestimmt, was für eine Entscheidung er begehrt<sup>215</sup>). Hinsichtlich der Baunachbarklage bestehen in der Hauptsache zwei Möglichkeiten, die getrennt zu untersuchen sind. Der Nachbar kann einmal die Aufhebung der dem Bauherrn erteilten Baugenehmigung oder Befreiung begehren. Er kann darüber hinaus aber auch verhindern wollen, daß dem Bauherrn überhaupt eine Bauerlaubnis oder irgendeine Befreiung von nachbarschützenden Vorschriften erteilt wird. Anschließend wird zunächst der erste Fall untersucht.

<sup>205</sup>) Fromm, BB 62/985 (986); ders. DVBl 63/564 (565); Bernhardt, JZ 63/302 (308); Redeker, DVBl 62/220; Redeker-v. Oertzen, § 80 RNR. 8; Kellner, Generalklausel S. 119.

<sup>206</sup>) Evers, JuS 62/87 (90); Schütz-Frohberg, § 31 Anm. 2; Schäfer, DVBl 62/844 (846); a. A. Glaser-Dröschel, S. 252.

<sup>207</sup>) Evers, JuS 62/87 (90); Ule, VwGO II vor § 42.

<sup>208</sup>) Schäfer, DVBl 62/844 (846); Schütz-Frohberg, § 31 Anm. 2.

<sup>209</sup>) Eyermann-Fröhler, § 42 RNR. 24.

<sup>210</sup>) Ruckdäschel, DÖV 61/675 (679); Naumann, Gedächtnisschrift S. 391 (395).

<sup>211</sup>) DVBl 63/273 (283); NJW 64/1545 (1546).

<sup>212</sup>) Generalklausel S. 119.

<sup>213</sup>) Kellner, Generalklausel S. 120.

<sup>214</sup>) Sellmann, NJW 64/1545 (1546).

<sup>215</sup>) Kellner, Generalklausel S. 115.

### 3. Die gesetzlich geregelte Interessenlage im Vergleich zur Interessenlage der Baunachbarklage

Aus dem Wesen der Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage ergibt sich nicht, daß die Baunachbarklage nur in Form der einen oder anderen zulässig ist. Beide Klagearten haben ein Leistungsbegehren zum Inhalt<sup>216)</sup>. Wesentliche rechtstheoretische Unterschiede bestehen nicht<sup>217)</sup>. Hat eine Behörde nämlich einen rechtswidrigen verletzenden Verwaltungsakt erlassen, so ist sie berechtigt und nach Art. 20 Abs. 3 GG auch verpflichtet, diesen auf Antrag des Betroffenen wieder aufzuheben, solange er noch anfechtbar ist. Der Betroffene hat bis zum Eintritt der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsaktes gegenüber der Behörde einen Aufhebungsanspruch<sup>218)</sup>. Diesen Anspruch macht er sowohl mit der Anfechtungs- als auch mit der Verpflichtungsklage geltend<sup>219)</sup>.

Wenn die Frage nach der sachgerechten prozessualen Form für die Nachbarklage gestellt wird, dann sind sowohl die gesetzestechnischen Unterschiede zwischen der Anfechtungs- und Verpflichtungsklage als auch die Interessenlage zu berücksichtigen. Es ist die Interessenlage zu ermitteln, welche die Verwaltungsgerichtsordnung als typisch geregelt hat, und zu untersuchen, ob die Fälle der Nachbarklage damit übereinstimmen oder von ihr abweichen und deshalb eine andere Lösung erfordern.

#### A. Der vorläufige Rechtsschutz

Im Hinblick darauf wird zunächst untersucht, welche Form des vorläufigen Rechtsschutzes — § 80 oder § 123 VwGO — ein sachgerechtes Ergebnis der Baunachbarklage ermöglicht. Die haftungsrechtlichen Folgen, die sich aus der ungerechtfertigten Erhebung einer Anfechtungsklage oder dem Erwirken einer unbegründeten einstweiligen Anordnung ergeben können, sind in die Untersuchung einzubeziehen.

##### a) Der vorläufige Rechtsschutz im System der Anfechtungsklage

###### aa) Die aufschiebende Wirkung gemäß § 80 VwGO

Die Anfechtungsklage hat gemäß § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO aufschiebende Wirkung. Was unter diesem Begriff zu verstehen ist, ist umstritten. Ein Teil des Schrifttums nimmt an, daß die aufschiebende Wirkung vorläufig die rechtliche Wirksamkeit eines angefochtenen Verwaltungsaktes hemmt<sup>220)</sup>, ein anderer Teil des Schrifttums<sup>221)</sup> und die Rechtsprechung<sup>222)</sup> sehen sie als Vollziehungshindernis an.

<sup>216)</sup> Kellner, Generalklausel S. 110; Bachof, JZ 58/301 (303).

<sup>217)</sup> Bachof, JZ 58/301 (303).

<sup>218)</sup> Forsthoff, S. 209; Kellner, Generalklausel S. 110.

<sup>219)</sup> Kellner, Generalklausel S. 110.

<sup>220)</sup> Siegmund-Schultze, DVBl 63/745 (755); Schäfer, DVBl 62/844; De Clerck, DOV 64/152; Rasch, DOV 52/398 (399).

<sup>221)</sup> Ule, VwGO § 80 Anm. I 1 a; Klinger, § 80 Anm. B 1 a, 3; Koehler, § 80 Anm. A II 1; Quaritsch, Verw.Arch. 51/210 (227); Weides, JuS 64/275 (280); Jung, NJW 61/159; Kammer, DVBl 53/612; Janicki, NJW 63/838 (839); Ruckdäschel, DOV 61/675 (677); Fromm, DVBl 62/801 (803).

<sup>222)</sup> BVerwG, NJW 62/602 (604).

Der Wortlaut des § 80 VwGO enthält sowohl den Begriff der aufschiebenden Wirkung als auch den der Vollziehung. Die Auslegung der Vorschrift spricht dafür, die aufschiebende Wirkung als Vollziehungshindernis aufzufassen. Nach § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO kann die Behörde den Suspensiveffekt nämlich ausschalten, indem sie die „Vollziehung“ anordnet. Sie braucht den Verwaltungsakt nicht erneut in Kraft zu setzen, um seine rechtliche Wirksamkeit wiederherzustellen. Unterstützend für diese Auslegung wird auf die Absätze 3–5 verwiesen, die von der „sofortigen Vollziehung“, der Aussetzung und Aufhebung der „Vollziehung“ sprechen.

Die Auslegung der aufschiebenden Wirkung als Vollziehungshemmung entspricht auch, zumindest hinsichtlich der Verwaltungsakte gemäß § 80 Abs. 1 Satz 1 VwGO, dem Sinn und Zweck der Regelung des Suspensiveffekts als Mittel des effektiven Rechtsschutzes. Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet einen effektiven, tatsächlich wirksamen Rechtsschutz<sup>223</sup>), um die „Selbstherrlichkeit“ der Verwaltung gegenüber dem Bürger zu beseitigen<sup>224</sup>). Ein Wesensmerkmal dieses effektiven Rechtsschutzes ist der Suspensiv-effekt der Anfechtungsklage<sup>225</sup>). Er soll verhindern, daß auf Grund einer Regelung, deren Rechtmäßigkeit zwischen dem Betroffenen und der Verwaltung noch streitig ist, vollendete Tatsachen geschaffen werden, wenn der erforderliche Rechtsbehelf geltend gemacht worden ist. Andernfalls könnte der Zweck der gerichtlichen Nachprüfung bei längerer Dauer des Verfahrens vereitelt werden<sup>226</sup>). Von dem Betroffenen sollen, solange der Erfolg der Anfechtungsklage ungewiß ist, wesentliche Nachteile rechtlicher und tatsächlicher Art abgewehrt werden, welche die Rechtmäßigkeit des Verwaltungsaktes voraussetzen<sup>227</sup>).

§ 80 VwGO ist jedoch nicht einseitig am Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers gegenüber der öffentlichen Gewalt orientiert. Auch die wirksame Erledigung der laufenden Verwaltungsaufgaben ist ein Schutzgut der verfassungsmäßigen Ordnung, das gewahrt bleiben muß<sup>228</sup>). Um ihre Wirksamkeit zu gewährleisten, ist die Verwaltung befugt, Streitfälle für den Bürger potentiell verbindlich durch Verwaltungsakte zu regeln<sup>229</sup>), ohne daß sie erst einen gerichtlichen Titel gegen ihn erstreiten muß<sup>230</sup>).

Der beschränkte Suspensiveffekt des § 80 VwGO berücksichtigt die widerstreitenden Interessen auf Wahrung der Wirksamkeit der Verwaltung und effektiven Rechtsschutzes für den Betroffenen. § 80 VwGO stellt ein wohlabgewogenes System von hemmenden und beschleunigenden Anordnungen des Gesetzgebers, der Verwaltungsbehörden und der Verwaltungsgerichte dar. Die Interessengegensätze werden miteinander in Einklang gebracht<sup>231</sup>). Ein ausreichender vorläufiger Rechtsschutz wird dem Betroffenen aber bereits dann gewährt, wenn der Verwaltungsakt als Folge des Suspensiveffekts nicht vollzogen werden darf, so daß für ihn tatsächlich keine Nachteile eintreten. Der Eintritt der Unwirksamkeit eines angefochtenen Verwaltungsaktes würde in übermäßiger und im Hinblick auf den Rechtsschutz des Betroffenen überflüssiger Weise in die Wirksamkeit der Verwaltung eingreifen<sup>232</sup>).

<sup>223</sup>) Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 RNr. 9, 12; v. Mangoldt-Klein, Art. 19 Abs. 4 Anm. VII Abs. 1; BVerwG, DOV 64/170/168 (169).

<sup>224</sup>) BVerfG 10/264 (267); BVerwG, DOV 64/168 (169).

<sup>225</sup>) BVerwG 1/11.

<sup>226</sup>) BVerwG 1/11; Kellner, Generalklausel S. 112.

<sup>227</sup>) BVerwG, NJW 62/602 (604).

<sup>228</sup>) Kellner, Generalklausel S. 96, 112; Menger, Jubiläumsschrift S. 427 (443).

<sup>229</sup>) Menger, System S. 109.

<sup>230</sup>) Kellner, Generalklausel S. 112; Ringe, DVBl 58/378 (379).

<sup>231</sup>) Menger, Jubiläumsschrift S. 443.

<sup>232</sup>) BVerwG, NJW 62/602 (604).

Die Beschränkung der Wirkungen des Suspensiveffekts rechtfertigt auch noch ein weiterer Umstand. Nach h. L.<sup>233)</sup> und Rechtsprechung<sup>234)</sup> tritt die aufschiebende Wirkung des § 80 VwGO auch dann ein, wenn Anfechtungsklagen unzulässig oder offensichtlich unbegründet sind. Eine Differenzierung der Gründe, aus denen die aufschiebende Wirkung eintritt, wie sie z. B. Löwer<sup>235)</sup> vorschlägt, erscheint undurchführbar, weil über die Frage der Zulässigkeit einer Anfechtungsklage erst im Hauptverfahren entschieden wird<sup>236)</sup>. Wenn man die aufschiebende Wirkung nicht generell eintreten ließe, wäre eine erhebliche Rechtsunsicherheit die Folge. Auf Grund dieses generell eintretenden Suspensiveffekts als Folge der Anfechtungsklage könnte der Betroffene also nach seinem Belieben die Wirksamkeit von Verwaltungsakten durch Klageerhebung bis zur rechtskräftigen Entscheidung des Rechtsmittelverfahrens hinausschieben.

Besonders deutlich wird das bei den rechtsgestaltenden Verwaltungsakten, für die § 80 Abs. 1 Satz 2 VwGO dieselbe Regelung trifft wie für die übrigen Verwaltungsakte. Die Eigenart rechtsgestaltender Verwaltungsakte besteht darin, daß die in ihnen verfügte Rechtsänderung kraft behördlicher Willensäußerung eintritt und insoweit einer besonderen Vollziehung weder bedarf noch zugänglich ist. Rechtsgestaltende Verwaltungsakte tragen ihre Vollziehung „gleichsam in sich“<sup>237)</sup>. Soweit rechtsgestaltende Verwaltungsakte behördlich vollziehbare Nebenfolgen haben, z. B. die Entlassung von Beamten, die Kennzeichnung eines speziellen Ausweises<sup>238)</sup>, die Überleitung von Forderungen<sup>239)</sup>, die den Eintritt einer Rechtsänderung voraussetzen, ist die aufschiebende Wirkung auf die Vollziehbarkeit der Nebenfolgen zu beschränken. Andernfalls hätte die Anfechtung dieser Verwaltungsakte hinsichtlich der verfügten Rechtsänderung „gestaltungsähnliche“ Wirkung. Sie würde den behördlichen Gestaltungsakt unwirksam machen<sup>240)</sup>. Der Beamte könnte z. B. die Wirksamkeit seiner Entlassung bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Anfechtungsklage hinausschieben.

Die Unwirksamkeit könnte im Laufe des Rechtsstreits nicht behoben werden, weil die Behörde nur die sofortige Vollziehung eines Verwaltungsaktes anordnen, nicht aber diesen wieder in Kraft setzen kann, § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO. Der vorläufige Rechtsschutz wäre also der Disposition der Beteiligten und des Gerichts entzogen, § 80 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 5 VwGO. Zugleich würden dem Kläger damit Vorteile eingeräumt werden, die dem System des vorläufigen Rechtsschutzes unbekannt sind. Es bliebe eine Lücke im System des vorläufigen Rechtsschutzes bestehen. Der Suspensiv-effekt kann also nur als Vollziehungshemmung aufgefaßt werden<sup>241)</sup>.

Im Gegensatz zu den bisher genannten rechtsgestaltenden Verwaltungsakten haben Baugenehmigungen und Befreiungen keine behördlich vollziehbaren Nebenfolgen. Sie werden nur vom Bauherrn verwirklicht, Bauerlaubnis und Befreiung sind deshalb

<sup>233)</sup> Schunck-De Clerck, § 80 Anm. 2 h; Koehler, § 80 Anm. A II 10; Klinger, § 80 Anm. B 2; Ule, VwGO § 80 Anm. I 1 a; Weides, JuS 64/275 (280); Kellner, DOV 63/418 (425).

<sup>234)</sup> BVerwG, NJW 62/602 (604).

<sup>235)</sup> DVBl 63/343 (349); ebenso Redeker-v. Oertzen, § 80 RNr. 9; Eyermann-Fröhler, § 80 RNr. 14.

<sup>236)</sup> Weides, JuS 64/275 (280); Klinger, § 80 Anm. B 2.

<sup>237)</sup> BVerwG, NJW 62/602 (604); Kammer, DVBl 53/611; Janicki, NJW 63/838 (839).

<sup>238)</sup> BVerwG, NJW 62/602 (604); Jung, NJW 61/159 (160).

<sup>239)</sup> BVerwG, NJW 61/90.

<sup>240)</sup> BVerwG, NJW 62/602 (604).

<sup>241)</sup> Quaritsch, Verw.Arch. 51/210 (227); Heintze, NJW 63/1430 (1432); Ruckdäschel, DOV 61/675 (677); Jung, NJW 61/159.

als „vollzugsunfähige“ Verwaltungsakte bezeichnet worden<sup>242</sup>). Aus dem Fehlen der behördlichen Vollziehbarkeit ergeben sich neue Zweifelsfragen.

Teilweise wird die Meinung vertreten, § 80 VwGO erfasse nur die im traditionellen Sinne, d. h. behördlich vollziehbaren Verwaltungsakte. Auf andere rechtsgestaltende Verwaltungsakte, wie z. B. Baugenehmigungen, die nur vom Bauherrn verwirklicht würden, sei nicht § 80, sondern § 123 VwGO anzuwenden<sup>243</sup>). Zu demselben Ergebnis gelangen die Autoren, welche die Vollziehungshemmung des Suspensiveffekts auf den belastenden Teil von Verwaltungsakten mit Doppelwirkung beschränken<sup>244</sup>). Auch in diesen Fällen wird die Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes gemäß § 123 VwGO vorgeschlagen<sup>245</sup>).

Aus der Sicht des Suspensiveffekts als Wirksamkeitshemmung treten keine Schwierigkeiten auf. Ule meint, der Suspensiveffekt, der in sonstigen Fällen die Vollziehung hindere, werde bei den sog. vollzugsunfähigen Verwaltungsakten zur Wirksamkeitshemmung<sup>246</sup>). Die bereits genannten Gründe gegen die Auslegung der aufschiebenden Wirkung als Wirksamkeitshemmung bestehen jedoch auch hinsichtlich der sog. vollzugsunfähigen Verwaltungsakte. Der Eintritt der vorläufigen Unwirksamkeit von Baugenehmigungen und Befreiungen als Folge der Klageerhebung scheidet aus.

In neuerer Zeit ist zur Behebung der aufgetretenen Zweifelsfragen eine Erweiterung des Vollziehungsbegriffes im Sinne des § 80 VwGO befürwortet worden. Die Vertreter dieser Rechtsauffassung gehen davon aus, daß das Institut des Suspensiveffektes im Bereich der Eingriffsverwaltung entstanden sei und entsprechend der Verlagerung des Schwergewichts des Verwaltungshandelns von der Eingriffs- auf die Leistungsverwaltung dieser Entwicklung angepaßt werden müsse. Der Begriff der Vollziehung wird deshalb erweitert. Die zwangsweise Durchsetzung (Vollstreckung) von Verwaltungsakten wird nur als eine Seite der Vollziehung angesehen. Entsprechend dem täglichen Sprachgebrauch werden alle Handlungen, die der Ausführung oder Durchführung eines Verwaltungsaktes dienen, in den Vollziehungsbegriff einbezogen. Vollziehung bedeutet danach, den Inhalt eines Verwaltungsaktes verwirklichen, sei es durch tatsächliches Handeln der Behörde oder des Adressaten, sei es durch Anerkennung oder Vollzug der durch ihn geschaffenen Rechtslage<sup>247</sup>). Damit werden zwar im Ergebnis, wie auch Quaritsch einräumt, Rechtswirksamkeit und Vollziehung von Verwaltungsakten gleichgesetzt, jedoch wird ein lückenloser vorläufiger Rechtsschutz gewährleistet, weil § 80 VwGO in vollem Umfang anwendbar ist.

Die Verwirklichung einer Baugenehmigung oder Befreiung durch einen Bauherrn ist aus dieser Sicht als deren Vollziehung anzusehen. Daraus folgt, daß der Suspensiveffekt mit der Erhebung einer Nachbarklage eintritt und die Bauausführung untersagt<sup>248</sup>).

Auch in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist die „freiwillige“ Erfüllung eines Verwaltungsaktes durch den Adressaten bereits als Vollziehung an-

<sup>242</sup>) Fromm, DVBl 62/801 (802); ders. DVBl 66/241 (245); Jung, NJW 61/159; Heintze, NJW 63/1430 (1432); Quaritsch, Verw.Arch. 51/210 (227).

<sup>243</sup>) Fromm, DVBl 62/801 (803); Redeker-v. Oertzen, § 80 RNr. 8.

<sup>244</sup>) Meyer, NJW 64/710; De Clerck, NJW 61/2233 (2234); Schröder, DOV 66/228 (229 f.).

<sup>245</sup>) De Clerck, NJW 61/2233 (2234); Gelzer, DOV 65/793 (795); a. A. De Clerck, DOV 64/152.

<sup>246</sup>) Ule, VwGO, § 80 Anm. I 1 a.

<sup>247</sup>) Quaritsch, Verw.Arch. 51/210 (227); Heintze, NJW 63/1430 (1432); Jung, NJW 61/159 (160); Ruckdäschel, DOV 61/675 (677).

<sup>248</sup>) Heintze, NJW 63/1430 (1433).

gesehen worden, jedoch handelte es sich um einen Fall — die Erfüllung einer übergeleiteten Forderung — der behördlich vollziehbare Nebenfolgen hatte<sup>249</sup>). Die Entscheidung verwendet also nicht den extensiven Vollziehungsbegriff.

## **bb) Die Haftung für Schäden aus ungerechtfertigter Klageerhebung**

Gegen die extensive Auslegung des Vollziehungsbegriffs im Sinne des § 80 VwGO bestehen Bedenken. Zwar erscheint die Lösung konstruktiv einwandfrei, jedoch wird sie der Interessenlage, die der Baunachbarklage zugrunde liegt, nicht gerecht. Diese Interessenlage zeichnet sich dadurch aus, daß die Bauverwaltung an der sofortigen Verwirklichung eines Bauvorhabens in der Regel wenig oder gar nicht interessiert ist. Sie überwacht nur die ordnungsmäßige Planung und Bauausführung. Der Sonderfall, daß Bauherr die öffentliche Hand ist, wird gesondert untersucht (vgl. S. 57). Es sind zwar Fälle denkbar, in denen aus städtebaulichen Gründen die alsbaldige Schließung von Baulücken, z. B. an repräsentativen Straßen oder Plätzen erwünscht oder eine repräsentative Bebauung vorgeschrieben ist. Jedoch wird die Bauverwaltung durch einen Aufschub der Bauausführung weder in ihrer Wirksamkeit behindert noch finanziell geschädigt. Der Gesichtspunkt der Verwaltungseffektivität, der bei der Ausgestaltung des Suspensiveffektes gewahrt bleiben muß, entfällt also oder verliert an Bedeutung.

Dafür ist der Bauherr regelmäßig an einer reibungslosen Bauausführung interessiert, insbesondere, wenn er technische oder finanzielle Vorbereitungen getroffen hat. Denn bei dem ständigen Steigen der Baukosten bewirkt allein schon die Verzögerung eines Baues dessen Verteuerung. Weitere Schäden können auch durch die Einstellung der Bauarbeiten, u. U. verbunden mit einem notwendigen Abtransport von Geräten und Material, sowie durch Mietausfälle eintreten. Dieses Interesse des Bauherrn an der ungestörten Ausführung seines genehmigten Bauvorhabens und seine davon abhängenden finanziellen Risiken können nicht übergangen werden. Es ist deshalb zu fragen, wer den Schaden des Bauherrn zu tragen hat, wenn eine Nachbarklage u. U. nach jahrelanger Prozeßdauer abgewiesen wird und Schäden der angeführten Art eingetreten sind<sup>250</sup>).

Amtshaftungsansprüche gegen die Bauverwaltung stehen dem Bauherrn nicht zu, denn die Abweisung der Nachbarklage setzt, sofern die Klage nicht bereits unzulässig ist, die Rechtmäßigkeit der angefochtenen Baugenehmigung oder Befreiung voraus. Das klageabweisende Urteil stellt zugleich die Rechtmäßigkeit der angefochtenen baubehördlichen Entscheidung fest<sup>251</sup>). Sofern der Bauherr in dem Nachbarprozeß gemäß § 65 Abs. 2 VwGO beigeladen war, wirkt diese Feststellung auch ihm gegenüber und präjudiziert seinen Amtshaftungsprozeß gegen die Baugenehmigungsbehörde (vgl. S. 63, 65).

Schadensersatzpflichtig könnte also nur der Nachbar sein. Eine spezielle Anspruchsgrundlage gegen diesen fehlt, denn § 80 VwGO erklärt im Gegensatz zu § 123 Abs. 3 VwGO die Gefährdungshaftung des § 945 ZPO nicht für anwendbar. Die Frage, ob § 945 ZPO dem Bauherrn, der nicht Partei des Nachbarstreitverfahrens gewesen ist, einen Anspruch gewähren würde, braucht deshalb nicht erörtert zu werden.

<sup>249</sup>) BVerwG, NJW 61/90 (91).

<sup>250</sup>) Sellmann, DVBl 63/273 (283); ders. NJW 64/1545 (1546); Kellner, Generalklausel S. 119.

<sup>251</sup>) BGH, DVBl 62/753; Kellner, Generalklausel S. 105 ff.

Sellmann<sup>252</sup>) schlägt die entsprechende Anwendung der Vorschriften über die Gefährdungshaftung (§ 945 ZPO) im Rahmen der Anfechtungsklage vor, weil die Schadensersatzpflicht nicht davon abhängen könne, ob man die Nachbarklage systematisch als Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage ansehe. Eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Gefährdungshaftung ist jedoch mit dem Sinn und Zweck des § 80 VwGO als Ausgestaltung der Anfechtungsklage unvereinbar<sup>253</sup>). Die Anfechtungsklage dient der Wiederherstellung der „Waffengleichheit“ zwischen dem Betroffenen und der Behörde im Bereich der Eingriffsverwaltung. Aus diesem Grunde trifft § 80 VwGO die für den Kläger günstige Regelung, daß der Suspensiv-effekt ohne Antrag eintritt. Ferner ist zu berücksichtigen, daß sich der Betroffene entgegen der eigentlichen Interessenlage in der Position des Klägers befindet. Er wehrt sich gegen einen eingreifenden Verwaltungsakt, befindet sich also in Abwehrstellung. Die Regelung des § 945 ZPO betrifft dagegen den Fall, daß jemand einen anderen in Anspruch nimmt, also angreift. Auf dem Gebiet des Zivilrechts hätte der Betroffene ohne das Risiko des § 945 ZPO tragen zu müssen, abwarten können, daß ihn die Behörde verklagt. Die Inanspruchnahme wirksamen Rechtsschutzes kann daher nicht dadurch erschwert werden, daß der Kläger das Schadensersatzrisiko gemäß § 945 ZPO zu tragen hat<sup>254</sup>).

Dem Bauherrn können nur Ansprüche nach den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zustehen<sup>255</sup>). Von den in Betracht kommenden Anspruchsgrundlagen scheidet § 823 Abs. 1 BGB aus, weil er Vermögensschäden nicht erfaßt. Ebenso wenig können Ansprüche aus § 823 Abs. 2 BGB hergeleitet werden, weil kein Schutzgesetz im Sinne dieser Vorschrift ersichtlich ist. Übrig bleiben nur Ansprüche aus § 826 BGB wegen sittenwidriger Schädigung des Bauherrn.

Sittenwidrig ist ein Verhalten, das gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt<sup>256</sup>). Wann das der Fall ist, kann nur für den Einzelfall beantwortet werden<sup>257</sup>).

Sicher handelt ein Nachbar sittenwidrig, der in schikanöser Weise gegen einen Bauherrn klagt, d. h. um diesen vorsätzlich zu schädigen, § 226 BGB<sup>258</sup>). Das wird selten geschehen. Im übrigen wird der Bauherr den Schikanevorwurf, wenn ihn der Nachbar im Prozeß bestreitet, schwerlich beweisen können.

In der Rechtsprechung ist anerkannt, daß auch ein grob fahrlässiges (gewissenloses) Verhalten sittenwidrig sein kann<sup>259</sup>). Der Vorwurf eines sittenwidrigen Verhaltens auf Grund grober Fahrlässigkeit hängt von der Urteilsfähigkeit, der Erfahrung und Persönlichkeit des Handelnden ab<sup>260</sup>). Auch in dieser Hinsicht werden die Voraussetzungen des § 826 BGB objektiv selten erfüllt sein, weil die materielle und prozessuale Rechtslage im Bereich der Baunachbarklage umstritten ist. Sellmann vertritt die Auffassung, daß selbst Fachleute sie bei der Fülle von Zweifelsfragen häufig nicht sicher beurteilen könnten. Wenn ein Nachbar unter diesen Gegebenheiten ver-

<sup>252</sup>) NJW 64/1545 (1548); OVG Mstr., JZ 60/544.

<sup>253</sup>) Eyermann-Fröhler, § 80 RNr. 62; Ule, VwGO, § 80 Anm. II 4; Redeker-v. Oertzen, § 80 RNr. 56; Beller-mann, JZ 60/545.

<sup>254</sup>) Kellner, Generalklausel S. 113.

<sup>255</sup>) Sellmann, DVBl 63/273 (283).

<sup>256</sup>) Soergel-Schröder, § 826 RNr. 2.

<sup>257</sup>) BGH, WM 62/933 (935).

<sup>258</sup>) Sellmann, DVBl 63/273 (283).

<sup>259</sup>) BGH, NJW 62/1766; BGHZ 10/228 (233); RGZ 143/48 (51); RG, JW 33/2513.

<sup>260</sup>) RGZ 140/392 (396).

sucht, ein vermeintliches Recht durchzusetzen, kann ihm das nicht als gewissenloser Leichtsinne im Sinne eines sittenwidrigen Verhaltens vorgeworfen werden<sup>261</sup>). Eine Ausnahme könnte allerdings für Fälle zu machen sein, in denen die Anfechtungsklage eindeutig verspätet erhoben wird.

Selbst wenn die Klageerhebung des Nachbarn objektiv als sittenwidrig anzusehen ist, muß er subjektiv zumindest bedingt vorsätzlich gehandelt, d. h. mit der Möglichkeit eines Schadenseintritts gerechnet und diesen für den Fall seines Eintritts gebilligt haben. Ein grob fahrlässiges Verhalten genügt hinsichtlich der Schadensverursachung nicht. Die grobe Fahrlässigkeit kann zwar zur Annahme eines Verstoßes gegen die guten Sitten führen, jedoch nicht den Vorsatz der Schädigung ersetzen<sup>262</sup>). Die objektiven und subjektiven Voraussetzungen für einen Anspruch aus § 826 BGB werden demnach selten erfüllt sein.

Das finanzielle Risiko einer Baunachbarklage in Form der Anfechtungsklage trägt also in der Regel der Bauherr<sup>263</sup>). Der klagende Nachbar ist nur mit dem im Verhältnis dazu geringen Prozeßkostenrisiko belastet<sup>264</sup>). In finanzieller Hinsicht überhaupt nicht betroffen wird die Bauverwaltung. Die Interessenlage weicht also von der in § 80 VwGO geregelten ab, indem sich die Klagefolgen nicht gegen die Behörde, die den Verwaltungsakt erlassen hat, sondern gegen einen Dritten auswirken. Diese Auswirkungen sprechen gegen die Zulassung der Nachbarklage als Anfechtungsklage, zumindest in ihrer Ausgestaltung durch § 80 VwGO<sup>265</sup>).

## **b) Der vorläufige Rechtsschutz im System der Verpflichtungsklage**

### **aa) Die einstweilige Anordnung gemäß § 123 VwGO**

Die Baunachbarklage in der Form der Verpflichtungsklage gewährt vorläufigen Rechtsschutz gemäß § 123 VwGO. Das Gericht der Hauptsache kann der Baugenehmigungsbehörde<sup>266</sup>) im Wege der einstweiligen Anordnung aufgeben, die Ausführung von Bauten, für die eine Befreiung oder Baugenehmigung erteilt worden ist, zu unterbinden. Anordnungen dieses Inhalts können auf Grund von § 123 Abs. 1 Satz 1 und 2 VwGO ergehen.

Das Gericht kann im gleichen Falle aber auch dem Bauherrn selbst im Wege der einstweiligen Anordnung untersagen, den Bau zu beginnen oder fortzuführen<sup>267</sup>). Dem Erlaß einstweiliger Anordnungen gegen den Bauherrn scheint zwar der Wortlaut des § 938 Abs. 2 ZPO i. V. mit § 123 Abs. 3 VwGO entgegenzustehen, wonach einstweilige Verfügungen nur gegen den „Gegner“ ergehen dürfen. Jedoch gilt § 938 Abs. 2 ZPO im Rahmen des § 123 Abs. 3 VwGO nur entsprechend, d. h. unter Berücksichtigung der abweichenden Ausgestaltung des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens. Der im Zivilprozeßrecht bestehende Grundsatz, daß die Gerichte im Wege der

<sup>261</sup>) Sellmann, DVBl 273 (283).

<sup>262</sup>) Soergel-Schröder, § 826 RNr. 16; BGH, NJW 62/1766.

<sup>263</sup>) Sellmann, DVBl 63/273 (283); Kellner, Generalklausel S. 119.

<sup>264</sup>) Sellmann, NJW 64/1545 (1546).

<sup>265</sup>) Kellner, Generalklausel S. 119.

<sup>266</sup>) OVG Mstr., DVBl 61/825 (826).

<sup>267</sup>) Quaritsch, Verw.Arch. 51/210 (240); De Clerck, DÖV 64/152 (154); Peters, DVBl 66/171 (173); a. A. Sellmann, DVBl 63/273 (282); OVG Koblenz 1/400 (403).

einstweiligen Verfügung nur in Rechte des Schuldners und nicht in die „Dritter“ eingreifen dürfen<sup>268</sup>), kann deshalb für das verwaltungsgerichtliche Verfahren nicht uneingeschränkt übernommen werden. Als „Dritte“ sind im Hinblick auf die Verwaltungsakte mit Doppel- und Drittwirkung nur „unbeteiligte“ Dritte anzusehen. Zu diesen gehört der Bauherr nicht. Der von einer Befreiung oder Baugenehmigung in seinen Rechten verletzte Nachbar kann zwar im Verwaltungsrechtsweg nicht unmittelbar gegen den Bauherrn, den Quaritsch<sup>269</sup>) als den eigentlichen Gegner bezeichnet, klagen, sondern muß sich gegen die Baugenehmigungsbehörde wenden. Jedoch ist der Bauherr imstande, durch die Ausübung der Befreiung oder Bauerlaubnis die rechtliche und tatsächliche Lage des Streitgegenstandes zu verändern. Er kann die Verwirklichung der Rechte des Nachbarn wesentlich erschweren, weil zusätzlich der Abbruch des Bauwerkes notwendig wird. Das Gericht muß deshalb in der Lage sein, dem Bauherrn die Verwirklichung der erteilten Befreiung oder Baugenehmigung zu untersagen. Daß der Bauherr kein „unbeteiligter Dritter“ ist, wird auch daraus ersichtlich, daß eine gerichtliche Entscheidung gegenüber der Baugenehmigungsbehörde, dem Nachbarn und dem Bauherrn nur einheitlich ergehen kann, und der Bauherr deshalb notwendig beizuladen ist, § 65 Abs. 2 VwGO<sup>270</sup>).

Hinzukommt, daß die Verpflichtungsklage einen wirksamen vorläufigen Rechtsschutz gegenüber Befreiungen nur gewährleistet, wenn einstweilige Anordnungen auch gegen den Bauherrn ergehen können. Wenn die Behörde eine gerichtliche Anordnung ausführt und die Einstellung der Bauausführung anordnet oder diese durch Zwangsmittel einstellt, ergeht gegen den Bauherrn ein belastender Verwaltungsakt. Diesen kann der Bauherr anfechten mit der Folge, daß der Suspensiveffekt die Vollziehung der Einstellungsverfügung hemmt und den vorläufigen Rechtsschutz im Rahmen der Verpflichtungsklage wirkungslos macht. Es ist zwar zu erwägen, die Anfechtbarkeit von Einstellungsverfügungen, die eine gerichtliche Anordnung ausführen, auf formale Fehler und Abweichungen von der gerichtlichen Entscheidung zu beschränken, jedoch würde der Suspensiveffekt trotzdem in vollem Umfang die Vollziehbarkeit hemmen. Im übrigen steht der Einschränkung der Anfechtbarkeit Art. 19 Abs. 4 GG entgegen<sup>271</sup>).

Einstweilige Anordnungen gegen den Bauherrn können auf Grund der Tatbestände des § 123 Abs. 1 Satz 1<sup>272</sup>) und 2<sup>273</sup>) VwGO ergehen. Im Hinblick auf § 123 Abs. 1 Satz 2 VwGO ist zu bemerken, daß die baurechtliche Befreiung ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis zwischen der Baugenehmigungsbehörde einerseits und dem Nachbarn sowie dem Bauherrn andererseits begründet. Zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in bezug auf dieses streitige Rechtsverhältnis kann dem Bauherrn untersagt werden, von der Befreiung Gebrauch zu machen<sup>274</sup>).

## **bb) Die Haftung für Schäden aus ungerechtfertigten einstweiligen Anordnungen**

Für Schäden, die als Folgen einstweiliger Anordnungen, die von Anfang an ungerechtfertigt waren, entstehen, haftet der Antragsteller dem „Gegner“ unabhängig

<sup>268</sup>) Baumbach-Lauterbach, § 938 Anm. 3; Quaritsch, Verw.Arch. 51/210 (240).

<sup>269</sup>) Verw.Arch. 51/210 (240).

<sup>270</sup>) Quaritsch, Verw.Arch. 51/210 (240).

<sup>271</sup>) BVerfG 10/264 (267).

<sup>272</sup>) Quaritsch, Verw.Arch. 51/210 (240).

<sup>273</sup>) De Clerck, DOV 64/152 (154).

<sup>274</sup>) De Clerck, DOV 64/152 (154).

von einem Verschulden, § 123 Abs. 3 VwGO i. V. mit § 945 ZPO. Je nach dem gegen wen er eine einstweilige Anordnung erwirkt hatte, haftet der Nachbar der Baugenehmigungsbehörde oder dem Bauherrn. Der Schadensersatzanspruch ist im Zivilrechtsweg geltend zu machen<sup>275</sup>).

Zweifel bestehen, ob der Nachbar dem Bauherrn gegenüber auch dann gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i. V. mit § 945 ZPO schadensersatzpflichtig ist, wenn er eine einstweilige Anordnung gegen die Baugenehmigungsbehörde erwirkt und diese entsprechend die Bauausführung verhindert hat. Diese Frage ist praktisch bedeutsam, weil die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen gegen den Bauherrn bisher nicht allgemein anerkannt ist und Anordnungen grundsätzlich gegen die Baugenehmigungsbehörden ergehen. Nach dem Wortlaut des § 945 ZPO i. V. mit § 123 Abs. 3 VwGO ist der Antragsteller nur gegenüber dem „Gegner“ schadensersatzpflichtig. „Gegner“ ist im Zivilprozeß der Prozeßgegner, gegen den nach der Absicht des Antragstellers und des Gerichts die Anordnung ergeht und nicht ein Dritter, dessen Rechte durch die Anordnung beeinträchtigt werden<sup>276</sup>). Für das verwaltungsgerichtliche Verfahren erscheint diese Abgrenzung des „Gegners“ von Dritten zu eng. Der durch eine Befreiung begünstigte und in dem Verwaltungsstreitverfahren zwischen dem Nachbarn und der Baugenehmigungsbehörde beigeladene Bauherr ist ebenfalls als „Gegner“ anzusehen. Die notwendige Beiladung (§ 65 Abs. 2 VwGO) bezieht ihn in das bestehende Prozeßrechtsverhältnis ein<sup>277</sup>). Der Bundesgerichtshof hat den Bauherrn allerdings auch im Falle der Beiladung nur als beteiligten Dritten an einem fremden Rechtsstreit angesehen, weil ihm durch das Urteil nichts zu- oder abgesprochen werden könne und die Anwendung des § 945 ZPO den Antragsteller einer einstweiligen Anordnung mit einem unvorhersehbaren Risiko belasten würde<sup>278</sup>). Diese Auffassung wird der Stellung des Bauherrn nicht gerecht. Eine gerichtliche Entscheidung kann gegenüber den drei Verfahrensbeteiligten nur einheitlich ergehen, sie muß auch gegenüber dem Bauherrn wirksam werden<sup>279</sup>). Der Bauherr ist deshalb kraft Gesetzes beizuladen und kann selbständig die zulässigen Rechtsbehelfe geltend machen, §§ 65 Abs. 2, 66 Satz 2 VwGO. Ein Urteil wirkt unmittelbar für und gegen ihn und nicht wie gegenüber einem Nebenintervenienten erst im Regreßprozeß (vgl. S. 63, 65). Es besteht ein Prozeßrechtsverhältnis, für das der Zivilprozeß keine Parallele aufweist<sup>280</sup>). Im Rahmen dieses Prozeßrechtsverhältnisses greift die einstweilige Anordnung in die Rechte des Bauherrn ein. Die Baugenehmigungsbehörde wirkt nur als vollziehendes Organ des Gerichts<sup>281</sup>). Der Nachbar ist dem beigeladenen Bauherrn also auch in diesem Falle nach § 123 Abs. 3 VwGO i. V. mit § 945 ZPO und nicht nur nach den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften<sup>282</sup>) schadensersatzpflichtig. Ohne eine Beiladung stehen dem Bauherrn Schadensersatzansprüche nur nach den allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Vorschriften zu, weil kein Prozeßrechtsverhältnis im Sinne des § 123 Abs. 3 VwGO i. V. mit § 945 ZPO besteht.

<sup>275</sup>) Redeker-v. Oertzen, § 123 RNr. 36; Eyermann-Fröhler, § 123 RNr. 24; Schunck-De Clerck, § 123 Anm. 4 d, hh; BGH, DVBl 62/217 (218).

<sup>276</sup>) BGH, DVBl 62/217 (219); RGZ 121/185 (188 f.).

<sup>277</sup>) Redeker, DVBl 62/220; Redeker-v. Oertzen, § 123 RNr. 35; Klinger, § 123 Anm. D 1; Bettermann, JZ 60/335 (336 Fußnote 6); so im Ergebnis auch Peters, DVBl 66/171 (173).

<sup>278</sup>) BGH, DVBl 62/217 (219); Sellmann, DVBl 63/273 (283); ders. NJW 64/1545 (1549).

<sup>279</sup>) BVerwG, DOV 64/715.

<sup>280</sup>) Redeker, DVBl 62/220 (221); VwGO-Entwurf, BT-Drucks. 55, 3. WP, S. 37.

<sup>281</sup>) a. A. Sellmann, DVBl 63/273 (283).

<sup>282</sup>) a. A. BGH, DVBl 62/217 (219).

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Baunachbarklage in der Form der Verpflichtungsklage weniger intensiven vorläufigen Rechtsschutz gewährt als die Anfechtungsklage. Der Grund dafür ist darin zu sehen, daß die Verpflichtungsklage das prozessuale Mittel zur Durchsetzung von Ansprüchen darstellt und nicht dazu dient, behördliche Eingriffe in Rechte des Klägers abzuwehren. Der Kläger ist im Gegensatz zur Interessenlage, die der Anfechtungsklage zugrunde liegt, selbst Angreifer<sup>283</sup>). Dementsprechend wird vorläufiger Rechtsschutz nur auf Antrag gewährt und wenn der Kläger einen Rechtsanspruch und einen Anordnungsgrund, d. h. das Bestehen von Nachbarrechten und deren Verletzung glaubhaft macht, § 123 Abs. 3 VwGO i. V. mit § 920 ZPO.

Als Folge der Einschränkung des vorläufigen Rechtsschutzes für den Nachbarn werden die Interessen des Bauherrn weitgehend geschützt. Die gerichtliche Prüfung des Anordnungsgesuches verhindert, daß auf Grund unzulässiger oder offensichtlich unbegründeter Klagen die Bauausführung unterbrochen wird. Auf jeden Fall wird durch die Schadensersatzpflicht des Klägers gemäß § 123 Abs. 3 i. V. mit § 945 ZPO ein gerechter Ausgleich des Risikos herbeigeführt. Die Baunachbarklage in der Form der Verpflichtungsklage bietet also sachgerechten vorläufigen Rechtsschutz.

## **B. Die Urteilswirkungen**

### **a) Die Wirkungen des Aufhebungsurteils**

Die Anfechtungsklage bietet dem Kläger infolge der Kassationswirkung des Urteils effektiven Rechtsschutz. Mit der Rechtskraft des Urteils hört die ihn belastende Befreiung oder Baugenehmigung mit Drittwirkung auf zu bestehen.

Durch die Rechtskraftwirkung des Urteils wird der Kläger auch noch weiterhin geschützt. Das rechtskräftige Urteil bindet die Beteiligten, soweit über den Streitgegenstand entschieden ist, § 121 VwGO. Die Bindung wirkt sich dahin aus, daß die Baugenehmigungsbehörde bei gleicher Sach- und Rechtslage eine Baugenehmigung oder Befreiung aus denselben Gründen nicht noch einmal erteilen darf. Der Umfang der Rechtskraft ergibt sich nicht aus dem Urteilstenor, sondern aus den Urteilsgründen. Diese sind deshalb zur Auslegung des Tenors heranzuziehen<sup>284</sup>). Das gilt für die Befreiung auch insoweit, als sie auf Ermessensgründen beruht. Aus den Urteilsgründen ist zu ermitteln, welche Ermessenserwägungen als rechtswidrig bezeichnet worden sind<sup>285</sup>).

Erteilt die Baugenehmigungsbehörde entgegen der Rechtskraftbindung des Urteils bei gleicher Sach- und Rechtslage eine neue Bauerlaubnis oder Befreiung, so ist in einem erneuten Anfechtungsprozeß das Gericht in gleichem Umfang wie die Beteiligten an die rechtskräftige Vorentscheidung gebunden. Stellt es fest, daß sich die Sach- und Rechtslage gegenüber der Zeit des Ersturteils nicht geändert hat, so muß es die dort bejahten oder verneinten Rechtsfolgen seiner Entscheidung zugrunde legen<sup>286</sup>). Die sachliche Entscheidung des ersten Prozesses wird wiederholt.

<sup>283</sup>) Kellner, Generalklausel S. 112 f.

<sup>284</sup>) Hauelsen, NJW 60/313 (316); Althammer, NJW 59/2046; BVerwG, DVBl 59/398.

<sup>285</sup>) Althammer, NJW 59/2046 (2047).

<sup>286</sup>) BVerwG, NJW 63/171 (172); Eyermann-Fröhler, § 80 RNr. 40; Althammer, NJW 59/2046 (2048).

Der klagende Nachbar wird also nicht nur durch die Kassationswirkung gegenwärtig, sondern durch die Rechtskraftbindung des Urteils auch für die Zukunft hinreichend geschützt.

## **b) Die Wirkungen des Verpflichtungsurteils**

Mit einer Verpflichtungsklage erreicht der Nachbar, daß die Baugenehmigungsbehörde verurteilt wird, eine rechtswidrige Befreiung oder Baugenehmigung mit Drittwirkung zurückzunehmen. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß die Verwaltungsbehörden Verpflichtungs- und Feststellungsurteile entsprechend ihrer Bindung an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) ohne Zwang erfüllen<sup>287</sup>). In der Literatur wird aber darauf hingewiesen, daß das nicht immer der Fall ist und auch gegen Verwaltungsbehörden Vollstreckungsmaßnahmen erforderlich sein können<sup>288</sup>). § 172 VwGO gibt die Möglichkeit zur Vollstreckung von Verpflichtungsurteilen, jedoch beschränkt auf die Festsetzung von Zwangsgeld. Diese Vollstreckungsmöglichkeit gewährleistet bei ernsthaftem Widerstreben einer Behörde gegen die Erfüllung eines Urteils keinen effektiven Rechtsschutz<sup>289</sup>). Es ist z. B. denkbar, daß eine Baubehörde ihre Pläne trotz eines entgegenstehenden Urteils verwirklichen will. Das Zwangsgeld ist nicht unbedingt ein Druckmittel, das die Erfüllung gewährleistet. Die öffentliche Hand bestraft sich selbst, weil die Strafe aus öffentlichen Mitteln entrichtet wird und nur von einer öffentlichen Kasse in die andere fließt. Rupp meint, einem solchen Verfahren müsse der Staatsbürger mit Mißtrauen begegnen. Den eigentlichen Zwang sieht er deshalb in der Verpflichtung zur Rechtfertigung des Behördenhaushalts, u. a. gegenüber dem Rechnungshof<sup>290</sup>).

Einen effektiven Rechtsschutz würde die Verpflichtungsklage nur bieten, wenn die Vollstreckung nach § 894 ZPO erfolgen könnte, in Fällen der Rücknahme von Verwaltungsakten die Rücknahme also mit der Rechtskraft des Urteils fingiert würde. Jedoch schließt § 172 VwGO als Sondervorschrift die entsprechende Anwendung des § 894 ZPO i. V. mit § 173 VwGO auf Verpflichtungsurteile aus<sup>291</sup>). § 894 ZPO ist auf dem Wege über die Generalverweisung des § 173 VwGO nur anwendbar, wenn die Behörde zur Abgabe einer Willenserklärung verurteilt ist, die keinen Verwaltungsakt darstellt<sup>292</sup>).

Die Baunachbarklage in der Form der Verpflichtungsklage wird den Interessen des Nachbarn also nicht gerecht, weil sie die Durchsetzung seiner Nachbarrechte nicht gewährleistet.

## **4. Ergebnis der Untersuchung**

Die Untersuchung zeigt, daß die Baunachbarklage weder als typische Anfechtungs- noch als typische Verpflichtungsklage der zugrundeliegenden Interessenlage gerecht

<sup>287</sup>) Kellner, Generalklausel S. 111; Naumann, Jubiläumsschrift S. 365 (380).

<sup>288</sup>) Kellner, Generalklausel S. 111; Eyermann-Fröhler, § 172 RNr. 1; Bachof, Vornahmeklage S. 163.

<sup>289</sup>) Kellner, Generalklausel S. 112, 116; Rupp, AöR 85/149 (335 f.).

<sup>290</sup>) Rupp, AöR 85/149 (335 f.).

<sup>291</sup>) Kellner, Generalklausel S. 112.

<sup>292</sup>) Rupp, AöR 85/149 (336).

wird. In der Form der Anfechtungsklage gewährt sie zwar dem von einer Befreiung betroffenen Nachbarn effektiven Rechtsschutz, gefährdet aber in zu starkem Maße die wirtschaftlichen Interessen des Bauherrn. Dieser erhält im Regelfall keinen Ersatz für Schäden, die ihm als Folge unberechtigt oder sogar böswillig erhobener Klagen erwachsen. Als Verpflichtungsklage berücksichtigt die Nachbarklage die Belange des Bauherrn hinreichend, schützt dafür aber den in seinen Rechten verletzten Nachbarn infolge der mangelhaften Vollstreckbarkeit des Verpflichtungsurteils nur ungenügend.

Kellner schlägt deshalb unter Berücksichtigung der Interessenlage vor, Rechtsschutz in Form der Verpflichtungsklage zu gewähren mit der Maßgabe, daß einstweilige Anordnungen, gerichtet auf die Verhinderung des Weiterbauens, nur in eindeutigen Fällen ergehen dürfen. Als — rechtsschöpferische — Alternative zieht er in Erwägung, einstweilige Anordnungen nur gegen Sicherheitsleistung zu erlassen, die dem Bauherrn im Falle der Klageabweisung in Höhe seines nachzuweisenden Schadens zufällt<sup>293</sup>).

Sellmann versucht ein sachgerechtes Ergebnis mit einer *de lege ferenda* abzuwandeln. In der Anfechtungsklage zu erreichen. Er schlägt vor, der Anfechtungsklage gegen Verwaltungsakte mit Doppelwirkung durch Bundesgesetz (§ 80 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) die aufschiebende Wirkung zu nehmen. Die Entscheidung über den Eintritt des Suspensionseffekts sollte s. E. bei der gesetzlichen Neuregelung gemäß § 80 Abs. 5 VwGO den Gerichten übertragen werden<sup>294</sup>).

## **5. Eigener Lösungsvorschlag: Die Baunachbarklage als atypische Anfechtungsklage ohne aufschiebende Wirkung.**

a) Die Baunachbarklage ist im Hinblick auf die dargestellte Interessenlage als atypische Anfechtungsklage, die vorläufigen Rechtsschutz im Wege der einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO gewährt, zu konstruieren. Baurechtliche Befreiungen sind nicht suspensibel im Sinne des § 80 VwGO.

b) Die Zulässigkeit dieser Lösung hängt zunächst davon ab, ob die Verwaltungsgerichtsordnung die Entwicklung neuer Klagearten gestattet. Verschiedene Probleme, die in der Rechtsprechung und Lehre noch nicht hinreichend geklärt sind, hat die Verwaltungsgerichtsordnung nicht geregelt. Dazu gehört u. a., daß sie die Klagearten nicht katalogartig aufführt. Das Gesetz hat damit die Möglichkeit eröffnet, den Rechtsschutz neu auftretenden Bedürfnissen anzupassen. Rechtsprechung und Lehre ist die Entwicklung von Rechtsschutzformen freigestellt<sup>295</sup>). Ein potentiell schutzwürdiges Klagebegehren darf nicht an der Typisierung der Klagearten scheitern<sup>296</sup>). Das entspricht dem Grundsatz, daß das Prozeßrecht nur der Durchsetzung des materiellen Rechts zu dienen hat und deshalb teleologisch auszulegen ist<sup>297</sup>).

Die Möglichkeit, neue Rechtsschutzformen zu entwickeln, trägt einem bestehenden Bedürfnis Rechnung, denn die Verwaltungsgerichtsordnung ist weitgehend am

<sup>293</sup>) Kellner, Generalklausel S. 119.

<sup>294</sup>) Sellmann, NJW 64/1545 (1549).

<sup>295</sup>) Kellner, Generalklausel S. 95; Koehler, Vorbem. I 5 zu §§ 42, 43; Naumann, Jubiläumsschrift S. 365 (379); OVG Mstr., DOV 62/710; Aml. Begr. zum Entwurf der VwGO, BT-Drucks. 55, 3. WP, S. 31.

<sup>296</sup>) Kellner, Generalklausel S. 103; Schunck-De Clerck, § 42 Anm. 4 c.

<sup>297</sup>) Bachof, JZ 54/416 (418).

„Normaltyp“ des Verwaltungsaktes orientiert. Den neuen Typen des Verwaltungshandelns sind die gesetzlich geregelten Klagearten daher nicht immer angemessen<sup>298</sup>). Als Beispiel einer neu entwickelten Klageart ist das sog. Kommunalverfassungsstreitverfahren zu nennen, das nach der Auffassung des Oberverwaltungsgerichts Münster ein der Feststellungsklage ähnliches Verfahren sui generis darstellt<sup>299</sup>). Es bestehen deshalb keine Bedenken, eine atypische Anfechtungsklage zuzulassen, die vorläufigen Rechtsschutz im Wege der einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO und nicht durch den Eintritt der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 VwGO gewährt<sup>300</sup>).

c) Die vorgeschlagene Lösung setzt weiter voraus, daß nicht suspensible Verwaltungsakte mit den Regelungen der Verwaltungsgerichtsordnung vereinbar sind. Kellner hat die Frage, ob die Anwendbarkeit des § 80 VwGO auf anfechtbare Verwaltungsakte im Sinne von § 42 Abs. 1 VwGO wegen der besonderen Interessenlage im besonderen Gewaltverhältnis (Betriebsverhältnis) ausgeschlossen sei, als „gewagt“ bezeichnet<sup>301</sup>). Vom Standpunkt der h. M. aus, die den Suspensiveffekt als Wesensmerkmal des in Art. 19 Abs. 4 GG gewährleisteten Rechtsschutzes ansieht<sup>302</sup>), ist die Frage in der Tat gewagt.

Die Verwaltungsgerichtsordnung hat jedoch den Begriff des Verwaltungsaktes nicht definiert. Seine Entwicklung ist, wie die des allgemeinen Verwaltungsrechts überhaupt, der Rechtsprechung und Lehre überlassen worden<sup>303</sup>). Es ist deshalb zur Klärung der Frage, ob alle anfechtbaren Verwaltungsakte ohne Berücksichtigung unterschiedlicher Interessenlagen gleich zu behandeln, d. h. suspensibel sind, auf die Zweckbestimmung des Verwaltungsaktes einzugehen. Der Verwaltungsakt ist in erster Linie ein materiellrechtlicher Begriff, dessen eigentliche Bedeutung aber auf verfahrensrechtlichem Gebiet liegt. Er wird im Hinblick auf die Zweckbestimmung der Verfahrensgesetze interpretiert und ist insoweit auch ein „verfahrensrechtlicher“ Begriff<sup>304</sup>). Der Verwaltungsakt ist seinem Wesen nach eine „Zweckschöpfung“<sup>305</sup>), deren Zweckbestimmung in der Verwaltungsgerichtsbarkeit am Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers<sup>306</sup>) und praktischen Bedürfnissen<sup>307</sup>) orientiert ist. Die Klageart und der Begriff des Verwaltungsaktes entscheiden weitgehend, ob und auf welche Weise Rechtsschutz gewährt wird.

Bisher ist der Gedanke, daß der Verwaltungsakt eine „Zweckschöpfung“ ist, im Einzelfall bei der Abgrenzung von Verwaltungsakten und Normen herangezogen worden. War auf Grund der abstrakten Merkmale des Verwaltungsaktsbegriffes keine Klarheit zu gewinnen, so wurde das Vorliegen eines Verwaltungsaktes bejaht, wenn es das Rechtsschutzbedürfnis des Betroffenen erforderte<sup>308</sup>). Der Gedanke der

<sup>298</sup>) Ruckdäschel, DOV 61/675 (683); Schneeberger, S. 77 (94).

<sup>299</sup>) OVG Mstr., DOV 62/710.

<sup>300</sup>) Kellner, Generalklausel S. 119.

<sup>301</sup>) Kellner, DOV 63/418 (426); ablehnend Redeker-v. Oertzen, § 80 RNR. 10.

<sup>302</sup>) BVerwG 1/11; BVerwG, DOV 64/170.

<sup>303</sup>) Ule, VwGO, Einl. III 3; Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages zur Frage der Kodifizierung des Allgemeinen Verwaltungsrechts, insbesondere die Gutachten von Werner und Spanner.

<sup>304</sup>) Bachof, Rechtsprechung S. 209.

<sup>305</sup>) Bachof, Rechtsprechung S. 209; Forsthoef, S. 204; Mayer, S. 93; BVerwG 3/258 (262).

<sup>306</sup>) Bachof, Rechtsprechung S. 209; BVerwG 3/258 (262).

<sup>307</sup>) Forsthoef, S. 204.

<sup>308</sup>) BVerwG 3/258 (262).

„Zweckschöpfung“ muß es aber auch ermöglichen, Verwaltungsakte, die auf einer atypischen Interessenlage beruhen, einer besonderen rechtlichen Behandlung zuzuführen, die einen sachgerechten Rechtsschutz gewährleistet.

Es wird in zunehmendem Maße anerkannt, daß der Begriff des Verwaltungsaktes innerhalb der Verwaltungsgerichtsordnung nicht einheitlich gebraucht wird<sup>309)</sup>. Im Anschluß an Bettermann<sup>310)</sup> und Eyermann-Fröhler<sup>311)</sup> wird z. B. die Verpflichtungsklage, die nach der gesetzlichen Definition des § 42 Abs. 1 VwGO dem Erstreiten von Verwaltungsakten dient, auf „Amtshandlungen“ (§ 113 Abs. 4 Satz 1 VwGO) ausgedehnt, die keine anfechtbaren Verwaltungsakte sind<sup>312)</sup>. Der Begriff des Verwaltungsaktes wird in diesem Zusammenhang u. a. deshalb erweitert, um zu verhindern, daß „Amtshandlungen“ ohne Einhaltung einer Frist und eines Vorverfahrens mit der allgemeinen Leistungsklage geltend gemacht werden können<sup>313)</sup>. Daß unter den Begriff des Verwaltungsaktes noch weitere Regelungen fallen, die vom „Normaltyp“ des Verwaltungsaktes abweichen, zeigt die Entwicklung der „Verwaltungsakte mit Doppelwirkung“. Die atypische Interessenlage, welche diese Verwaltungsakte regeln, wird allgemein anerkannt<sup>314)</sup>. § 80 VwGO schafft nämlich einen Interessenausgleich nur in den Fällen, in denen einer Behörde ein oder mehrere gleichartig Betroffene gegenüberstehen. Da bei der Anfechtung von Befreiungen außer dem Rechtsschutzbedürfnis des Nachbarn auf Wahrung seiner Rechte auch das „Rechtsschutzbedürfnis“ des Bauherrn auf Wahrung seiner wirtschaftlichen Belange zu beachten ist, weicht die gesetzlich geregelte von der vorliegenden Interessenlage ab. Aus dem Wesen des Verwaltungsaktes als „Zweckschöpfung“, für deren Bestimmung das Rechtsschutzbedürfnis der Betroffenen wesentlich ist, ergibt sich, daß baurechtliche Befreiungen von der Regelung des § 80 VwGO nicht erfaßt werden.

§ 80 VwGO zwingt auch seinem Wortlaut nach nicht zu der Annahme, daß er die Art des vorläufigen Rechtsschutzes generell für alle anfechtbaren Verwaltungsakte ohne Rücksicht auf die Interessenlage regelt. Das Gesetz sieht selbst in § 80 Abs. 2 Nr. 1—3 für bestimmte Gruppen von Verwaltungsakten Ausnahmen vor. Im übrigen erwähnt § 80 zwar in Abs. 2 Nr. 4 den (anderen) „Beteiligten“, jedoch ergibt sich daraus nicht zwingend, daß die Verwaltungsakte mit Doppelwirkung erfaßt werden<sup>315)</sup>. Wer Beteiligter ist, bestimmt § 63 VwGO. Danach sind Beteiligte außer dem Kläger und Beklagten die Beigeladenen allgemein (§§ 63 Nr. 3, 65 VwGO) und der Oberbundesanwalt bzw. Vertreter des öffentlichen Interesses (§ 63 Nr. 4 VwGO). Der Kreis der Beteiligten geht also über § 65 Abs. 2 VwGO hinaus, so daß § 80 Abs. 2 Nr. 4 VwGO seine Bedeutung behält, auch wenn die Verwaltungsakte mit Doppelwirkung allgemein, oder beschränkt auf die baurechtlichen Befreiungen, aufgenommen werden.

Vorläufiger Rechtsschutz bei der Anfechtung baurechtlicher Befreiungen ist nach dem Ausscheiden des Suspensiveffektes (§ 80 VwGO) im Wege der einstweiligen

<sup>309)</sup> Kellner, DOV 63/418 (426).

<sup>310)</sup> NJW 60/649 (650).

<sup>311)</sup> § 42 RNr. 14; § 113 RNr. 59.

<sup>312)</sup> Grundsätze des 44. Deutschen Juristentages zur „Auskunft“, NJW 62/1854 (1855) unter B I, II 4; a. A. Hegel, JZ 63/15.

<sup>313)</sup> Eyermann-Fröhler, § 113 RNr. 59; Menger, Verw. Arch. 52/317 (318).

<sup>314)</sup> Vgl. Gelzer, DOV 65/793 (795).

<sup>315)</sup> Zustimmend Gelzer, DOV 65/793; a. A. Siegmund-Schultze, DVBl 63/745 (754).

Anordnung (§ 123 VwGO) zu gewähren<sup>316</sup>). § 123 VwGO ist nur soweit auf die Vollziehung anfechtbarer Verwaltungsakte nicht anwendbar, wie die speziellere Regelung des § 80 VwGO vorgeht<sup>317</sup>). Die Anwendung des § 123 VwGO hat zur Folge, daß dem Kläger vorläufiger Rechtsschutz nur auf Antrag und nach gerichtlicher Prüfung seines Gesuches gewährt wird, § 123 Abs. 3 VwGO i. V. mit § 920 ZPO. Bauunterbrechungen erfolgen nur bei begründet erscheinenden Klagebegehren. Im übrigen ist der Antragsteller gemäß § 123 Abs. 3 VwGO i. V. mit § 945 ZPO schadensersatzpflichtig (vgl. S. 48 ff).

Hinsichtlich dieser verschuldensfreien Schadenshaftung besteht allerdings das Bedenken, daß der Nachbar wegen des Risikos von der Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes abgehalten werden kann. Es ist die Befürchtung geäußert worden, der Nachbar könne in der Wahrnehmung seiner Rechte „erdrosselt“ werden<sup>318</sup>). Eine übermäßige Beeinträchtigung des Rechtsschutzes würde aber nur eintreten, wenn die Gefährdungshaftung des § 945 ZPO mit § 80 VwGO gekoppelt wäre, weil dann das Schadensersatzrisiko bereits mit der Klageerhebung eintreten würde. Im Gegensatz dazu betrifft das Risiko bei der vorgeschlagenen Lösung nur den vorläufigen Rechtsschutz. Das Risiko wird auch durch die gerichtliche Prüfung der Klageaussichten vor dem Erlaß einer einstweiligen Anordnung gemindert. Die Erschwerung der Inanspruchnahme vorläufigen Rechtsschutzes wirkt sich insoweit zum Schutz des Antragstellers aus. Der aufgezeigte Nachteil ist geringer, als daß der Bauherr, der nur ihm zustehende Rechte ausübt, „erdrosselt“ wird<sup>319</sup>).

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den Ausschluß des Suspensiveffektes bestehen nicht. Art. 19 Abs. 4 GG besagt nicht, daß die Anfechtung eines Verwaltungsaktes stets aufschiebende Wirkung haben muß. Der Gesetzgeber hat insofern freie Hand. Aus Art. 19 Abs. 4 GG folgt nur, daß das angerufene Gericht imstande sein muß, eine einstweilige Regelung in bezug auf den angefochtenen Verwaltungsakt zu treffen, wozu auch die Verhinderung seiner Verwirklichung gehört<sup>320</sup>). Art. 19 Abs. 4 GG zwingt deshalb nicht zu einer verfassungskonformen Auslegung des § 80 VwGO in der Richtung, daß er alle anfechtbaren Verwaltungsakte erfaßt. Durch den Ausschluß des Suspensiveffektes gemäß § 80 VwGO wird zwar die Intensität des Rechtsschutzes gegenüber baurechtlichen Befreiungen eingeschränkt, jedoch entsprechend Art. 19 Abs. 4 GG die volle materielle Nachprüfung der angefochtenen Verwaltungsakte unter Berücksichtigung der Interessenlage des Nachbarn und des Bauherrn gewährleistet<sup>321</sup>).

Die vorgeschlagene Lösung ist auch praktikabel und gewährt einen einheitlichen und lückenlosen Rechtsschutz, was bei der Anwendung von § 80 VwGO nicht der Fall wäre. Deutlich wird das, wenn ein Bauherr sein Vorhaben ohne Rücksicht auf die erhobene Anfechtungsklage eines Nachbarn ausführt und die Baugenehmigungsbehörde die Bauausführung duldet, so daß der Suspensiveffekt ohne tatsächliche Wirkung bleibt<sup>322</sup>).

<sup>316</sup>) So im Ergebnis auch De Clerck, NJW 61/2233 (2234); Fromm, BB 62/985 (986); ders. DVBl 63/564 f.; ders. DVBl 66/241 (247); Bernhardt, JZ 63/302 (308); Redeker-v. Oertzen, § 80 RNr. 8; Peters, DVBl 66/171 (173).

<sup>317</sup>) Quaritsch, Verw. Arch. 51/210 (221); Fromm, BB 62/985 (986).

<sup>318</sup>) Lamberg, NJW 63/2154 (2156); Sellmann, NJW 64/1545 (1549).

<sup>319</sup>) Sellmann, NJW 64/1545 (1549).

<sup>320</sup>) Bettermann, Handbuch Bd. III 2 S. 810 (Nr. 14).

<sup>321</sup>) Kellner, DOV 63/418 (427).

<sup>322</sup>) OVG Mstr., NJW 65/170; vgl. Gelzer, DOV 65/793 (795).

Es wird anerkannt, daß dem Nachbarn auch in diesem Fall vorläufiger Rechtsschutz gewährt werden muß, umstritten ist aber, auf welche Weise. Verschiedentlich wird entgegen dem Gesetzeswortlaut vorläufiger Rechtsschutz durch eine gerichtliche Anordnung auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO gewährt<sup>323</sup>). § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO setzt jedoch die Anordnung der sofortigen Vollziehung eines Verwaltungsaktes voraus. Solange die aufschiebende Wirkung besteht, kann sie nicht wiederhergestellt werden<sup>324</sup>). Eine Umdeutung der Nichtbeachtung des Suspensiveffektes durch die Behörde in die Anordnung der sofortigen Vollziehung scheidet wegen der Formerfordernisse des § 80 Abs. 2 Nr. 4, Abs. 3 VwGO aus<sup>325</sup>), so daß § 80 VwGO nicht anwendbar ist. Im übrigen würde eine Anordnung gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 VwGO nur eine gerichtliche Gestaltungsmaßnahme ohne Vollstreckbarkeit darstellen<sup>326</sup>).

Wirksamer vorläufiger Rechtsschutz kann dem in seinen Rechten beeinträchtigten Nachbarn nur durch den Erlaß einer einstweiligen Anordnung gemäß § 123 VwGO, sei es gegen die Baugenehmigungsbehörde, sei es gegen den Bauherrn oder beide gewährt werden. Erst die Vollstreckbarkeit sichert die Wirksamkeit des vorläufigen Rechtsschutzes<sup>327</sup>), wobei die Anwendung von Zwangsmitteln gegen den Bauherrn entsprechend § 172 VwGO oder § 173 VwGO i. V. mit § 890 ZPO zu erfolgen hat. Die vorgeschlagene Lösung führt also im Gegensatz zu § 80 VwGO auch zu einer einheitlichen Form des vorläufigen Rechtsschutzes.

## 6. Die Baunachbarklage als Verpflichtungsklage

Es bleibt zu klären, welche Klageart angemessen ist, wenn der Nachbar nicht nur die Aufhebung der dem Bauherrn erteilten Baugenehmigung oder Befreiung begehrt, sondern darüber hinaus verhindern will, daß dem Bauherrn überhaupt eine Baugenehmigung oder Befreiung von nachbarschützenden Vorschriften erteilt wird. Der Kläger begehrt also, daß die Baugenehmigungsbehörde dem Bauherrn die Erteilung einer Bauerlaubnis oder Befreiungen versagt<sup>328</sup>). Dieser Verwaltungsakt hat Doppelwirkung. Er belastet den Bauherrn und begünstigt den klagenden Nachbarn<sup>329</sup>).

Der Erlaß der begehrten „Versagung“ ist im Wege der Verpflichtungsklage geltend zu machen<sup>330</sup>). Einer Anfechtungsklage, die mit der Verpflichtungsklage verbunden ist, bedarf es daneben grundsätzlich nicht, weil ein Verpflichtungsurteil zugleich die bisherige Belastung des Klägers aufhebt.

<sup>323</sup>) Eyermann-Fröhler, § 80 RNr. 34; v. Oertzen, NJW 62 1172; VGH Mannheim, NJW 62/1172 (1173).

<sup>324</sup>) Schäfer, DVBl 62 844 (849 f.); Mangels, NJW 61 351; De Clerck, DÖV 64 152 (153 f.); VG Braunschweig, DVBl 62 229 (230); OVG Mstr., NJW 65 170.

<sup>325</sup>) De Clerck, DÖV 64/152 (153); Schäfer, DVBl 62 844 (849 f.); Bayer. VGH, Vw.Rspr. 10/1018 (1024).

<sup>326</sup>) Schäfer, DVBl 62/844 (850).

<sup>327</sup>) Schäfer, DVBl 62/844 (850); De Clerck, DÖV 64/152 (154).

<sup>328</sup>) OVG Mstr. 13/6 (9); Gelzer, NJW 58/325 (326); ders. NJW 59/1905 (1906); Obermayer, JuS 63/110 (111); Evers, JuS 62 87 (90).

<sup>329</sup>) Gelzer, NJW 58 325 (326); NJW 59/1905 (1906); Obermayer, JuS 63/110 (111).

<sup>330</sup>) Obermayer, JuS 63/110 (111); Gelzer, NJW 58/325 (326); NJW 59/1905 (1906); ders., DÖV 65/793 (794); OVG Mstr. 13/6 (9); Evers, JuS 62/87 (90).

Verschiedentlich ist diese Klage als „negative“ Verpflichtungsklage<sup>331)</sup> bezeichnet worden. Der Grund dafür liegt darin, daß die Verpflichtungsklage das prozessuale Instrument zum Erstreiten von Verwaltungsakten darstellt, die den Rechtskreis des Klägers erweitern. In Fällen der vorliegenden Art, so wurde ausgeführt, mache der Kläger aber mit der begehrten „Versagung“ einen Abwehranspruch geltend. Das sei das Gegenteil eines Verpflichtungsbegehrens<sup>332)</sup>. Dieser Einwand trifft jedoch nur zu, wenn man das Klagebegehren aus der Sicht der Beklagten sieht. Aus der Sicht des Klägers handelt es sich als Folge der Doppelwirkung des begehrten Verwaltungsaktes um eine Erweiterung seiner Rechte, also um einen typischen Verpflichtungsantrag<sup>333)</sup>. Es besteht kein Anlaß, wegen der Doppelwirkung eines Verwaltungsaktes Rechtsschutz nicht im Wege der Verpflichtungsklage zu gewähren.

Das Klagebegehren läuft nicht auf einen vorbeugenden Rechtsschutz hinaus, denn es liegt bereits eine behördliche Entscheidung vor. Der Kläger begehrt lediglich eine andere Regelung, die ihn s. E. ausreichend schützt und nicht das Unterbleiben einer bevorstehenden Entscheidung<sup>334)</sup> (vgl. S. 65).

## **7. Die Baunachbarklage als typische Anfechtungsklage bei Bauten der öffentlichen Hand.**

Soweit die öffentliche Hand selbst als Bauherr auftritt, ist die Nachbarklage in der Form der typischen Anfechtungsklage (§ 80 VwGO) zulässig. Die Erwägungen, die bisher für die atypische Ausgestaltung der Anfechtungsklage sprachen (vgl. S. 51), können nicht auf die Fälle übertragen werden, in denen die öffentliche Hand Bauherr ist. Die Errichtung öffentlicher Bauten ist als Vollziehung der „Zustimmung“ bzw. Befreiung, welche die höhere Baubehörde erteilt, durch die Verwaltung anzusehen (vgl. S. 44). Werden dabei Rechte von Nachbarn verletzt, so können sie sich wie üblich durch die Erhebung der Anfechtungsklage wehren. Es ist zwar unbefriedigend, daß ein böswilliger Nachbar durch den Suspensiveffekt der Anfechtungsklage einen Bau der öffentlichen Hand verzögern kann, ohne daß ihn die Schadenersatzverpflichtung aus § 945 ZPO trifft. Jedoch nimmt die Verwaltungsgerichtsordnung bewußt in Kauf, daß für die Verwaltung Verzögerungen und Kosten entstehen, um die Waffengleichheit zwischen Bürger und Staat im Bereich der Hoheitsverwaltung wiederherzustellen.

Dabei macht es keinen Unterschied, ob der Bund oder ein Land Bauherr ist. Zwar sind auf der Seite der Verwaltung zwei verschiedene Rechtssubjekte vorhanden, wenn z. B. der Bund baut und eine Landesbehörde ihre Zustimmung erklärt oder eine Befreiung erteilt. Jedoch tritt dem Nachbarn der Staat entgegen, wenn auch in verschiedenen rechtlichen Untergliederungen.

Hinsichtlich der Verpflichtungsklage sind keine Besonderheiten festzustellen.

<sup>331)</sup> Quaritsch, Verw.Arch. 51/210 (226); Gelzer, NJW 58/325 (326); ders. NJW 59/1905 (1906); OVG Lünebg. 13/492 (493).

<sup>332)</sup> OVG Lünebg. 13/492 (493).

<sup>333)</sup> Gelzer, NJW 58/325 (326); ders. NJW 59/1905 (1906); Obermayer, JuS 63/110 (111).

<sup>334)</sup> Gelzer, NJW 59/1905; weitergehend ders. in DÖV 65/793 f.

### III. Die Baunachbarklage als atypische Anfechtungsklage

#### 1. Die Sachurteilsvoraussetzungen

Als Anfechtungsklage ist die Baunachbarklage unter den allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen zulässig. Sie muß u. a. ordnungsgemäß erhoben (§§ 81, 82 VwGO), das Widerspruchsverfahren durchgeführt (§§ 68 ff VwGO) und die Klagefrist eingehalten sein. Ferner muß der Kläger geltend machen, durch den angefochtenen Verwaltungsakt in seinen Rechten verletzt zu sein, § 42 Abs. 2 VwGO. Dieses Erfordernis ist erfüllt, wenn der Kläger einen Sachverwalt vorträgt, der eine Verletzung seiner Rechte durch die dem Bauherrn erteilte Befreiung oder Baugenehmigung ergeben kann. Lediglich wenn die vom Kläger behaupteten Rechte unter keinem Gesichtspunkt bestehen oder ihm zustehen können, ist die Klage unzulässig<sup>335</sup>). Schlüssig braucht die Behauptung der Rechtsverletzung im Sinne des § 42 Abs. 2 VwGO als Zulässigkeitsvoraussetzung nicht zu sein. Die Schlüssigkeit der klagebegründenden Behauptung ist nicht Voraussetzung der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit der Klage<sup>336</sup>). Wenn das Grundstück des Klägers in geringer Entfernung von dem Bauvorhaben liegt, er insbesondere zum Kreis der Nachbarn gehört (vgl. S. 19), werden insoweit keine Bedenken auftreten, zumal § 42 Abs. 2 VwGO der Verhinderung unzulässiger Popularklagen dient. Es sollen die Fälle ausgeschieden werden, in denen jemand klagt, der in keiner Beziehung zu dem angefochtenen Verwaltungsakt steht<sup>337</sup>).

Allerdings muß ein Verwaltungsakt bereits ergangen sein, weil sonst eine Beschwerde, die Zulässigkeitsvoraussetzung der Klage ist<sup>338</sup>), nicht vorliegt. Es müssen also eine Befreiung oder Baugenehmigung erteilt worden sein. Dabei genügt es, daß die Baugenehmigung nur vorläufig erteilt worden ist<sup>339</sup>). Auch sog. Befreiungsbeschlüsse<sup>340</sup>), unabhängig von einer Baugenehmigung, können eine Beschwerde darstellen, sobald sie einem der Betroffenen bekanntgegeben und damit existent geworden sind<sup>341</sup>). Ebenso sind mündlich zugesagte Baugenehmigungen oder Befreiungen zu beurteilen<sup>342</sup>). Die Behörde ist grundsätzlich verpflichtet, Zusagen einzuhalten und die zugesagte Befreiung bzw. Bauerlaubnis zu erteilen, es sei denn, die Zusage verstößt gegen geltendes Recht<sup>343</sup>). Da die Zusage eine „Selbstverpflichtung“ der Verwaltung gegenüber dem Erklärungsempfänger darstellt und sie im voraus für die Zukunft bindet, liegt bereits eine Regelung des Einzelfalles im Sinne eines Verwaltungsaktes vor<sup>344</sup>), die den Kläger beschweren kann.

Das Rechtsschutzbedürfnis des Klägers ist beim Vorliegen einer Beschwerde grundsätzlich gegeben.

<sup>335</sup>) BVerwG, DOV 64/205 (206); Eyermann-Fröhler, § 42 RNr. 86.

<sup>336</sup>) Bettermann, Jubiläumsschrift S. 449 (474); ders. NJW 61/1097 (1098).

<sup>337</sup>) Eyermann-Fröhler, § 42 RNr. 85; Bettermann, Jubiläumsschrift S. 449 (457).

<sup>338</sup>) Bettermann, Jubiläumsschrift S. 474.

<sup>339</sup>) Glaser-Dröschel, S. 252; Gelzer, NJW 59/1905 (1906).

<sup>340</sup>) Jaeckel-Förster, Erl. zu § 5 II; BVerwG, DOV 64/703 (704).

<sup>341</sup>) Hauelsen, NJW 64/2037 (2039).

<sup>342</sup>) Glaser-Dröschel, S. 252.

<sup>343</sup>) BVerwG, DOV 55/188.

<sup>344</sup>) Vom 44. Deutschen Juristentag beschlossene Grundsätze über die „Zusage“, NJW 62/1854 (1856) unter C I, III 1.

## 2. Die Begründetheit der Klage

a) Im Rahmen der Begründetheit der Klage ist zunächst die Sachbefugnis<sup>345)</sup> des Klägers zu prüfen, d. h. ob Rechte bestehen, die seinen Schutz bezwecken. Es wird insoweit auf die Ausführungen zum Begriff der subjektiven öffentlichen Rechte und die Untersuchung der planungsrechtlichen Vorschriften auf ihren nachbarschützenden Charakter verwiesen (S. 21, 23, 26).

b) Die Klage ist im übrigen nur begründet, wenn der angefochtene Verwaltungsakt rechtswidrig ist und die Rechte des Klägers verletzt. In diesem Zusammenhang ist insbesondere zu prüfen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen von Befreiungen im Sinne des § 31 Abs. 2 BBauG gegeben sind, die Entscheidung ermessensfehlerhaft ist oder eine Baugenehmigung ohne eine notwendige Befreiung von nachbarschützenden Vorschriften erteilt worden ist. Insoweit wird auf die Untersuchung über die Beeinträchtigung von Nachbarrechten verwiesen (S. 30—34).

c) Ergibt die Prüfung des Streitstoffes, daß die angefochtene Befreiung rechtswidrig ist, so folgt daraus nicht ohne weiteres, daß sie aufgehoben werden kann. Die Aufhebung könnte als Folge der Doppelwirkung der Befreiung daran scheitern, daß das Vertrauen des Bauherrn auf den Bestand der Befreiung schutzwürdig ist<sup>346)</sup>. Die Frage des Vertrauensschutzes ist im Rahmen der Anfechtungsklage zu prüfen, weil das Aufhebungsurteil ebenso wie die Rücknahme einer Befreiung Doppelwirkung hat. Der obsiegende Kläger wird begünstigt und der Bauherr, dem die Erweiterung seiner Rechte genommen wird, belastet. Die Wirkungen des Urteils sind für die Betroffenen die gleichen wie die einer Rücknahme. Auch die Interessenlage ist gleich, so daß für die Aufhebung der Befreiung dieselben Erwägungen zutreffen, die hinsichtlich der Rücknahme von Verwaltungsakten mit Doppelwirkung angestellt worden sind<sup>347)</sup>.

Üblicherweise tritt die Frage des Vertrauensschutzes bei der Rücknahme rechtswidriger begünstigender Verwaltungsakte auf. Rechtsprechung<sup>348)</sup> und Schrifttum<sup>349)</sup> gehen davon aus, daß diese Verwaltungsakte aus Gründen der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung (Art. 20 Abs. 3 GG) grundsätzlich zurücknehmbar sind. Es ist jedoch anerkannt, daß im Einzelfall die Rücknahme ausgeschlossen sein kann, wenn das Interesse des Begünstigten an der Aufrechterhaltung des Verwaltungsaktes höher zu bewerten ist<sup>350)</sup>. Die Interessen des Begünstigten und der Verwaltung sind gegeneinander abzuwägen<sup>351)</sup>. Der Vertrauensschutz beruht auf dem Grundsatz von Treu und Glauben. Er wird außerdem auf den aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Grundsatz der Rechtssicherheit gestützt<sup>352)</sup>.

Die Doppelwirkung von Befreiungen und die Drittwirkung von Baugenehmigungen haben eine andere Interessenlage zur Folge. Im „Normalfall“ stehen sich das Inter-

<sup>345)</sup> Bettermann, Jubiläumsschrift S. 449 (474); ders. NJW 61/1097; BVerwG, NJW 61/1129.

<sup>346)</sup> Schütz-Frohberg, § 31 Anm. 2.

<sup>347)</sup> BVerwG, NJW 55/315 (316); Bernhardt, JZ 63/302 (308); Schneeberger, S. 77 (94); Haueisen, NJW 54/1425 (1426); ders. NJW 64/2037 (2040).

<sup>348)</sup> BVerwG, NJW 61/1130 (1131); BSG, NJW 61/1943 (1944); OVG Berlin, DVBl 57/503.

<sup>349)</sup> Forsthoff, S. 239 ff.; Haueisen, DVBl 57/506; ders. NJW 62/335; Ossenbühl S. 126.

<sup>350)</sup> a. A. Forsthoff, S. 240 f.

<sup>351)</sup> BVerwG, NJW 61/1130 (1131); DOV 58/178; OVG Berlin, DVBl 57/503 (505); Haueisen, DVBl 57/506 (507 f.).

<sup>352)</sup> BVerwG, NJW 61/1130 (1131); DVBl 62/562; Ossenbühl S. 77; Haueisen, DVBl 57/506 (507).

esse des Begünstigten und das der Allgemeinheit an einer gesetzmäßigen Verwaltung gegenüber. Bei der Aufhebung einer Befreiung sind das Interesse des Bauherrn an deren Aufrechterhaltung und das des Nachbarn an deren Beseitigung zu beachten<sup>353</sup>). Als drittes besteht zwar auch in diesem Fall das Interesse der Allgemeinheit an der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, jedoch tritt es gegenüber dem Interesse der unmittelbar Betroffenen an Bedeutung zurück<sup>354</sup>).

Hinsichtlich der Frage, ob das Interesse des Bauherrn an der Aufrechterhaltung der Befreiung schutzwürdig ist, kommt es darauf an, ob der belastete Nachbar die Befreiung noch anfechten kann. Solange die Anfechtungsfrist läuft, ist die Befreiung ohne weiteres aufhebbar. Innerhalb dieser Frist muß der Bauherr mit der Anfechtung rechnen und kann nicht auf den Bestand der Befreiung oder Baugenehmigung vertrauen, zumindest ist sein Vertrauen nicht schutzwürdig<sup>355</sup>). Er wird auch dann nicht geschützt, wenn er irrtümlich angenommen hat, die Befreiung sei dem Nachbarn ordnungsgemäß bekanntgegeben worden und die dadurch in Lauf gesetzte Anfechtungsfrist bereits abgelaufen<sup>356</sup>). Das Vertrauen des Bauherrn kann bis zum Ablauf der Anfechtungsfrist nicht geschützt werden, weil die Befreiung bzw. Bauerlaubnis aus der Sicht des Nachbarn einen rechtswidrigen belastenden Verwaltungsakt darstellt. Solange diese Belastung anfechtbar ist, ist die Behörde nicht nur berechtigt, sondern entsprechend Art. 20 Abs. 3 GG auch verpflichtet, den Eingriff zumindest auf Antrag zurückzunehmen. Der belastete Nachbar hat einen Anspruch auf die Rücknahme<sup>357</sup>). Dieser Anspruch würde ihm genommen werden, wenn die Rücknahme bereits vor dem Ablauf der Anfechtungsfrist im Interesse des Bauherrn versagt würde. Das gleiche gilt für die Aufhebbarkeit im Wege der Anfechtungsklage.

Verschiedentlich ist dieses Ergebnis auch mit dem Hinweis auf Art. 19 Abs. 4 GG begründet worden, weil die Gewährung von Vertrauensschutz vor Ablauf der Anfechtungsfrist dem Belasteten im Ergebnis den Rechtsweg verschließe<sup>358</sup>). Jedoch kann die Versagung des Vertrauensschutzes durchaus nicht abgeleitet werden. Art. 19 Abs. 4 GG eröffnet zwar den Rechtsweg, besagt aber nichts über die Art und den Umfang von materiellrechtlichen Ansprüchen und den Erfolg von Klagen<sup>359</sup>). Der Rechtsweg steht dem Nachbarn auf jeden Fall offen.

Nach dem Ablauf der Anfechtungsfrist für den Nachbarn finden dagegen die Grundsätze über den Vertrauensschutz Anwendung<sup>360</sup>). Andernfalls wäre die Rechtsunsicherheit für den Bauherrn zu groß<sup>361</sup>). Die Befreiung kann dann nur noch unter Beachtung und Abwägung der gegensätzlichen Interessen zurückgenommen werden. Die Beschränkung der Rücknahmemöglichkeit ist für den Belasteten nicht unbillig, weil er während des Laufes der Anfechtungsfrist in der Lage war, die Aufhebung der Be-

<sup>353</sup>) Schäfer, S. 60 ff.; Ossenbühl S. 124 ff.; BVerwG, NJW 55/315 (316).

<sup>354</sup>) BVerwG, NJW 55/315 (316).

<sup>355</sup>) Schäfer, S. 61; Ossenbühl, S. 125; v. Turegg, JR 52/18 (20); Haueisen, NJW 64/2037 (2040); BVerwG, DVBl 66/272; a. A. Bernhardt, JZ 63/302 (308).

<sup>356</sup>) Haueisen, NJW 64/2037 (2040).

<sup>357</sup>) Forsthoff, S. 209; Kellner, Generalklausel S. 110; Haueisen, NJW 54/1425 (1426); Ossenbühl, S. 125.

<sup>358</sup>) Schäfer, S. 61; Ossenbühl S. 125; Württ.-Bad. VGH, Vw.Rspr. 9/554 (555).

<sup>359</sup>) Betermann, Handbuch Bd. III 2 S. 803; BVerwG, NJW 61/793.

<sup>360</sup>) BVerwG, NJW 55/315 (316).

<sup>361</sup>) Schäfer S. 61; Ossenbühl S. 125 f.; OVG Mstr., DVBl 51/476 (477); Württ.-Bad. VGH, Vw.Rspr. 9/554 (555); LVG Hannover, DOV 51/360.

lastung durchzusetzen<sup>362</sup>). Schäfer<sup>363</sup>) und Ossenbühl<sup>364</sup>) sprechen von einer Mitverantwortung, die der Belastete unter der Herrschaft der Generalklausel für die Rechtmäßigkeit eines ihn verletzenden Verwaltungsaktes trage. Im übrigen würden die Anfechtungsfristen ihre Bedeutung verlieren, wenn die Verwaltung auch nach deren Ablauf noch zur Rücknahme fehlerhafter belastender Verwaltungsakte verpflichtet wäre<sup>365</sup>). Die Anfechtungsfristen sind eine Art positiv geregelter Vertrauensschutz für die Verwaltung. Nach dem Ablauf der Fristen „kann“ die Verwaltung fehlerhafte Verwaltungsakte zurücknehmen, sie „muß“ es aber nicht<sup>366</sup>). Das gilt auch für die Verwaltungsakte mit Doppelwirkung<sup>367</sup>).

Als Ergebnis ist festzustellen, daß das schutzwürdige Vertrauen des Bauherrn auf den Bestand einer Befreiung deren Aufhebung im Wege der Anfechtungsklage grundsätzlich nicht entgegensteht. Nach dem Ablauf der Anfechtungsfrist, wenn dem Bauherrn hinsichtlich der Rücknahme einer Befreiung Vertrauensschutz gewährt wird, ist die Anfechtungsklage bereits unzulässig, so daß es zu einer Prüfung der materiellen Rechtslage nicht kommt. Wird die Klage dagegen fristgerecht erhoben, so genießt der Bauherr noch keinen Vertrauensschutz. Die Befreiung bzw. Baugenehmigung kann wie ein einseitig belastender fehlerhafter Verwaltungsakt ohne weiteres aufgehoben werden.

d) in materiellrechtlicher Hinsicht ist auch zu prüfen, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit des Klagebegehrens maßgebend ist<sup>368</sup>). Bedeutung erhält diese Frage, wenn Bebauungspläne in dem Zeitraum zwischen der Erteilung von Befreiungen bzw. Baugenehmigungen und dem Ergehen der gerichtlichen Entscheidung geändert und nachbarschützende Festsetzungen aufgehoben oder neu getroffen werden (vgl. S. 34 Nr. 6). Es kann die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der behördlichen oder der gerichtlichen Entscheidung maßgebend sein.

Grundsätzlich wird bei Anfechtungsklagen von der Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Behördenentscheidung ausgegangen<sup>369</sup>). Dieser Grundsatz ist in der Rechtsprechung<sup>370</sup>) und Literatur<sup>371</sup>) hinsichtlich der Verwaltungsakte mit Dauerwirkung und der noch nicht vollzogenen Verwaltungsakte durchbrochen worden, wenn sich die Rechtslage nachträglich geändert hat. Bei Verwaltungsakten, deren Wirkungen abgeschlossen in der Vergangenheit liegen, wird dagegen ausnahmslos auf die Sach- und Rechtslage zur Zeit der Behördenentscheidung abgestellt. Für die Beachtung von nachträglichen Rechtsänderungen im Rahmen der Anfechtungsklage werden u. a. die Gesichtspunkte der Prozeßwirtschaftlichkeit<sup>372</sup>), der Gewährung wirkamen Rechtsschutzes<sup>373</sup>) und der Gewährleistung der grundrechtlich garantierten

<sup>362</sup>) Schäfer S. 62; Ossenbühl S. 125 ff.

<sup>363</sup>) Schäfer S. 62.

<sup>364</sup>) Ossenbühl S. 127.

<sup>365</sup>) Schäfer S. 62; Ossenbühl S. 126.

<sup>366</sup>) BVerwG, DOV 61/108 (109).

<sup>367</sup>) a. A. VG Stuttgart., DVBl 50/792 (793); Hess. VGH, DVBl 50/681 (682).

<sup>368</sup>) BVerwG, NJW 62/1265 (1267).

<sup>369</sup>) BVerwG 1/35 (36 f.); BVerwG, NJW 58/804; OVG Berlin, JR 62/357; Hauelsen, NJW 58/1065 (1067); Czermak, NJW 62/1265 f.; Beltermann, NJW 58/81 (84); Köhler, DVBl 59/650 (657).

<sup>370</sup>) BVerwG 5/351; BVerwG, DVBl 61/731 (733); BVerwG, NJW 62/1265 (1267); BSG, DVBl 59/208.

<sup>371</sup>) Bachof, JZ 54/416 (419); ders. JZ 58/301 (303); Hauelsen, NJW 58/1065 (1067); Rupp, DVBl 59/210 ff.; Menger, Handbuch Bd. III 2 S. 717 (764 f.).

<sup>372</sup>) BSG, DVBl 59/208; Menger, Handbuch Bd. III 2 S. 764 f.; De Clerck, NJW 59/968 (969).

<sup>373</sup>) Bachof, JZ 54/416 (417).

Rechtsstellung des Bürgers<sup>374)</sup> angeführt, weil der Kläger andernfalls noch einen weiteren Rechtsstreit führen müßte, um sein Klagebegehren durchzusetzen. Soweit die Berücksichtigung nachträglicher Rechtsänderungen abgelehnt wird, geschieht das im wesentlichen mit dem Hinweis auf die kassatorische Rechtsnatur der Anfechtungsklage<sup>375)</sup>. Bettermann sieht § 142 Abs. 1 BGB als Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes an und vertritt deshalb die Auffassung, daß nachträgliche Änderungen der Sach- und Rechtslage unbeachtlich seien<sup>376)</sup>.

Eine systematische Lösung der Frage, welcher Zeitpunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit eines angefochtenen Verwaltungsaktes maßgebend ist, muß vom Klagebegehren ausgehen<sup>377)</sup>. Verlangt der Kläger die Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes mit Wirkung ex tunc, so handelt es sich um ein typisches Anfechtungsbegehren, dem die Sach- und Rechtslage im Zeitpunkt der Behördenentscheidung zugrunde zu legen ist.

Begehrt der Kläger dagegen, was bei einer nachträglichen Rechtsänderung zu seinen Gunsten regelmäßig der Fall sein wird, die Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes mit Wirkung ex nunc, so liegt ein atypisches Anfechtungsbegehren vor. Man braucht darin aber im Vergleich zu der typischen Anfechtungsklage kein aliud zu sehen, sondern kann es als ein minus betrachten, weil der angefochtene Verwaltungsakt nur teilweise, soweit er rechtswidrig ist, aufgehoben werden soll<sup>378)</sup>. Die Verwaltungsgerichtsordnung hat die Klagearten nicht katalogartig geregelt, so daß atypische Klagearten zulässig sind<sup>379)</sup> (vgl. S. 52). Im Gegensatz zu der typischen Anfechtungsklage, die sich gegen ein Verwaltungshandeln richtet, wird mit der Anfechtungsklage mit Wirkung ex nunc geltend gemacht, daß die Verwaltung ihren Eingriff nicht der geänderten Rechtslage angepaßt, also etwas unterlassen hat. Jedoch sind beide Spielarten der Anfechtungsklage auf eine Leistung gerichtet. Die Anfechtungsklage mit Wirkung ex nunc läßt sich deshalb, wie Kellner nachgewiesen hat, in das geltende Rechtsschutzsystem einfügen<sup>380)</sup>. Ein Bedürfnis nach effektivem Rechtsschutz im Wege der Aufhebung besteht wegen der unzureichenden Vollstreckungsmöglichkeiten von Verpflichtungsurteilen<sup>381)</sup> auch in den Fällen nachträglicher Rechtsänderungen zugunsten des Klägers<sup>382)</sup>. Die Feststellung der Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes bezieht sich allerdings nicht auf den Zeitpunkt, in dem der Verwaltungsakt erlassen worden ist, sondern auf seine unterlassene Anpassung an die Sach- und Rechtslage<sup>383)</sup>.

Der Erfolg der Klage hängt aber in jedem Fall, unabhängig von der Klageart, vom materiellen Recht, von dessen zeitlichem Geltungswillen ab. Wenn sich z. B. ein Gesetz rückwirkende Kraft zumißt, muß es auch im Rahmen der typischen Anfechtungsklage auf den angefochtenen Verwaltungsakt angewendet werden<sup>384)</sup>.

<sup>374)</sup> Menger, Handbuch Bd. III 2 S. 766, Fußnote 229; De Clerck, NJW 59/968 (969).

<sup>375)</sup> Köhler, DVBl 59/650 (654); Bettermann, NJW 58/81 (84); Czermak, NJW 62/1265 (1266).

<sup>376)</sup> Bettermann, NJW 58/81 (84).

<sup>377)</sup> Kellner, Generalklausel S. 115; De Clerck, NJW 59/968 (969).

<sup>378)</sup> Bachof, JZ 54/416 (421); De Clerck, NJW 59/968 (970).

<sup>379)</sup> Kellner, Generalklausel S. 94 f.; Koehler, Vorbem. I 5 zu §§ 42, 43; Naumann, Jubiläumsschrift II S. 365 (379); OVG Mstr., DOV 62/710.

<sup>380)</sup> Kellner, Generalklausel S. 116; Bachof, JZ 58/301 (303).

<sup>381)</sup> Kellner, Generalklausel S. 112, 116; Rupp, AöR 85/149 (335 f.).

<sup>382)</sup> Kellner, Generalklausel S. 116.

<sup>383)</sup> Kellner, Generalklausel S. 117.

<sup>384)</sup> BVerwG, NJW 62/1265 (1267); BVerwG 1/35 (36 f.); BVerwG, NJW 58/804 (805); Bachof, JZ 58/301 (303); ders. JZ 54/416 (419); Kellner, Generalklausel S. 118; Köhler, DVBl 59/650 (651).

Die Änderung von Bebauungsplänen, durch die Beschränkungen der Baufreiheit und damit zugleich nachbarschützende Vorschriften aufgehoben werden, haben grundsätzlich rückwirkende Kraft. Es wäre z. B. „sinnwidrig“<sup>385)</sup>, wenn eine auf Grund des überholten Planungsrechts ergangene Abbruchverfügung gegen einen ursprünglich materiell illegalen Bau aufrechterhalten bliebe, obwohl jene Vorschriften für die bauliche Gestaltung eines Gebietes nicht mehr bedeutsam sind. Der Bauherr müßte Anlagen abreißen, deren Wiedererrichtung ihm sofort nach dem Abbruch gestattet werden müßte. Die neuen Festsetzungen von Bebauungsplänen sind deshalb auf Grund der Interessenlage dahin auszulegen, daß sie bereits vorhandene Bauten erfassen, also rückwirkende Kraft haben<sup>386)</sup>. Die rückwirkende Geltung erstreckt sich auch auf nicht verwirklichte Baugenehmigungen und Befreiungen, deren Rechtmäßigkeit auf Grund der geänderten Festsetzungen des Bebauungsplanes festzustellen ist. Es wäre ebenfalls „sinnwidrig“, diese Entscheidung der Baugenehmigungsbehörde aufzuheben, obwohl sie nach der Aufhebung sofort in gleicher Weise erteilt werden müßten oder, soweit es Befreiungen anbelangt, erteilt werden könnten. Der Kläger ist also verpflichtet, den ursprünglich rechtswidrigen Verwaltungsakt nunmehr hinzunehmen<sup>387)</sup>.

Ändert sich die Rechtslage nachträglich zugunsten des Klägers, indem nachbarschützende Festsetzungen neu getroffen oder in ihrer Intensität verstärkt werden und klagt der Nachbar auf Aufhebung von Befreiungen oder Baugenehmigungen mit Wirkung ex nunc, so erscheint eine Erstreckung der Geltung auf bereits ergangene Entscheidungen der Baugenehmigungsbehörde, von denen der Bauherr noch keinen Gebrauch gemacht hat, nicht selbstverständlich. Gegen die Erstreckung der Neuregelung auf bestehende Entscheidungen spricht das Bedürfnis des begünstigten Bauherrn nach Rechtssicherheit. Insoweit ist die Doppelwirkung der angefochtenen Befreiungen zu beachten<sup>388)</sup>. Es kann deshalb nur im Wege der Auslegung der einzelnen Neuregelung ermittelt werden, ob bereits erteilte Baugenehmigungen und Befreiungen erfaßt werden.

### 3. Die Erstreckung der Urteilswirkungen auf den Bauherrn

In dem Rechtsstreit zwischen dem Nachbarn und der Baugenehmigungsbehörde ist der Bauherr auf Grund der materiellen Rechtslage notwendig beizuladen, § 65 Abs. 2 VwGO. Befreiungen als Verwaltungsakte mit Doppelwirkung und Baugenehmigungen mit Drittwirkung lassen nur eine einheitliche Entscheidung im Sinne des § 65 Abs. 2 VwGO gegenüber dem belasteten Nachbarn und dem begünstigten Bauherrn zu, weil sie nicht gegenüber dem einen Betroffenen aufgehoben und gegenüber dem anderen bestehen bleiben können (vgl. S. 65). Infolgedessen muß ein aufhebendes Urteil, um wirksam zu sein, seine Wirkungen auf den Kläger, die Beklagte und den Bauherrn erstrecken. Die Notwendigkeit, den Bauherrn beizuladen, ergibt sich aus der Rechtsgestaltungswirkung des beantragten Urteils<sup>389)</sup>. Ein aufhebendes Urteil,

<sup>385)</sup> BVerwG, NJW 58/804 (805); BVerwG, DVBl 66/269 (270).

<sup>386)</sup> BVerwG, NJW 58/804 (805).

<sup>387)</sup> Bachof, JZ 54/416 (419); BVerwG, DVBl 66/269 (270).

<sup>388)</sup> BSG, NJW 57/1693; Hauelsen, NJW 58/1065 (1068); Köhler, DVBl 59/650 (653).

<sup>389)</sup> BVerwG, DOV 64/715; Redeker-v. Oertzen, § 65 RNr. 8, 9.

das ohne die notwendige Beiladung des Bauherrn ergeht, ist unwirksam<sup>390</sup>). Es erlangt zwar formelle, aber keine materielle Rechtskraft und entfaltet keine Gestaltungswirkung.

## IV. Die Baunachbarklage als Verpflichtungsklage

### 1. Die Sachurteilsvoraussetzungen

Die Baunachbarklage ist als Verpflichtungsklage mit dem Ziel, dem Bauwilligen die Erteilung einer Baugenehmigung oder Befreiung von nachbarschützenden Vorschriften endgültig zu versagen, unter den allgemeinen Sachurteilsvoraussetzungen zulässig. Sie muß u. a. ordnungsgemäß erhoben (§§ 81, 82 VwGO), das Vorverfahren unter den dort genannten Voraussetzungen durchgeführt (§§ 68 ff. VwGO) und die Klagefrist eingehalten sein (§ 74 VwGO).

Das Rechtsschutzbedürfnis für dieses Klagebegehren wird grundsätzlich gegeben sein. Verschiedentlich wird zwar das Bestehen des Rechtsschutzinteresses mit der Begründung verneint, der Kläger werde durch ein rechtskräftiges Aufhebungsurteil hinreichend geschützt, weil die Baugenehmigungsbehörde auf Grund der Rechtskraftbindung gehindert sei, eine Baugenehmigung bzw. Befreiung unter denselben Voraussetzungen und aus denselben Gründen zu erteilen, aus denen diese aufgehoben worden sei<sup>391</sup>). Jedoch geht ein Klagebegehren, mit dem die endgültige Versagung einer Baugenehmigung oder Befreiung erstrebt wird, über die Aufhebung und deren Rechtskraftwirkungen hinaus. Wenn die Aufhebung nur aus bestimmten Gründen erfolgt ist, kann die Baugenehmigung bzw. Befreiung unter anderen Gesichtspunkten erneut erteilt werden. Das gilt insbesondere, wenn die Aufhebung wegen behebbarer formeller Mängel erfolgt ist<sup>392</sup>). In diesen Fällen schützt den Kläger nur eine Versagung der Baugenehmigung oder Befreiung gegenüber dem Bauwilligen endgültig. Es wird also häufig ein Rechtsschutzbedürfnis für dieses Klagebegehren bestehen<sup>393</sup>). Zu unterscheiden davon ist der Fall, in dem im Wege der Verpflichtungsklage nur die Rücknahme der erteilten Baugenehmigung bzw. Befreiung begehrt wird. Insoweit wird der Kläger durch die Aufhebung und deren Rechtskraftwirkungen hinreichend geschützt, so daß Zweifel hinsichtlich des Bestehens eines Rechtsschutzinteresses auftreten. Beide Klagebegehren sind jedoch grundverschieden.

### 2. Die Begründetheit der Klage

Soweit der Kläger die Versagung einer Baugenehmigung überhaupt begehrt, kann die Klage keinen Erfolg haben, weil der Bauwillige als Grundstückseigentümer einen Anspruch auf die Erteilung einer dispensfreien Baugenehmigung hat<sup>394</sup>).

<sup>390</sup>) BVerwG, DOV 64/715; Eyermann-Fröhler, § 65 RNr. 39; Redeker, DVBl 54/419 (420); Bachof, MDR 50/375 (376).

<sup>391</sup>) Quaritsch, Verw.Arch. 51/210 (226); Heintze, NJW 63/1430 (1431).

<sup>392</sup>) Obermayer, JuS 63/110 (111); Gelzer, NJW 58/325 (326).

<sup>393</sup>) OVG Mstr. 13 6 (9); Brügelmann-Grauvogel, § 31 Anm. 6 b; Obermayer, JuS 63/110 (111); Gelzer, NJW 59/1905 (1906).

<sup>394</sup>) Quaritsch, Verw.Arch. 51/210 (226).

Der Kläger kann äußerstenfalls die Versagung einer Befreiung von nachbarschützenden Festsetzungen erreichen. Die Klage ist in dieser Hinsicht begründet, wenn festgestellt wird, daß eine Befreiung unter keinen Umständen erteilt werden darf, weil entweder die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 31 Abs. 2 BBauG nicht erfüllt sind oder jede Erteilung einer Befreiung einen Ermessensfehler darstellen würde<sup>395</sup>). Der Nachbar hat gegenüber der Baugenehmigungsbehörde einen Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung, wenn Befreiungen von Vorschriften erteilt werden, die auch seinen Schutz bezwecken, denn er wird durch diese Befreiung auch in seinen Rechten beeinträchtigt. Dieses formelle subjektive Recht auf fehlerfreien Ermessensgebrauch kommt einem „strikten“ Rechtsanspruch gleich, wenn sich die Ermessensfreiheit der Behörde auf eine einzige richtige Entscheidung, die Versagung der Befreiung, verengt. In diesem Falle ist die Baugenehmigungsbehörde zur Versagung und damit zur Aufrechterhaltung der Rechte des Klägers verpflichtet.<sup>396</sup>).

Nur wenn jede andere Entscheidung ermessensfehlerhaft wäre (§ 114 VwGO), ergäbe ein Verpflichtungsurteil. Bestehen daneben noch andere Möglichkeiten fehlerfreier Ermessensentscheidungen, so kann ein Bescheidungsurteil ergehen oder die Klage wird abgewiesen<sup>397</sup>).

### **3. Die Erstreckung der Urteilswirkungen auf den Bauherrn**

In dem Verwaltungsstreitverfahren zwischen dem Nachbarn und der Baugenehmigungsbehörde ist der Bauherr auf Grund der materiellen Rechtslage in jedem Fall notwendig beizuladen, weil eine Entscheidung gegenüber den drei Rechtsträgern nur einheitlich ergehen kann, § 65 Abs. 2 VwGO<sup>398</sup>) (vgl. S. 63). Das gilt unabhängig davon, ob der Kläger obsiegt oder mit seiner Klage abgewiesen wird. Im ersten Fall würden für den Bauherrn Schwierigkeiten bei der Rechtsverfolgung eintreten, wenn er die auf Grund des Verpflichtungsurteils ergehende „Versagung“ anfecht. Die Baugenehmigungsbehörde ist im Verhältnis zu dem Nachbarn rechtskräftig verpflichtet, den diesen begünstigenden Verwaltungsakt zu erlassen. Im Fall der Klageabweisung entfällt dieses Bedenken. Da das Verpflichtungsurteil aber gegenüber dem Bauherrn keine Rechtskraft erlangt, wäre er in der Lage, die Streitfrage erneut auszuklagen und eine vom Ersturteil abweichende Entscheidung zu erstreiten. Dieses Ergebnis wäre mit den Erfordernissen der Prozeßwirtschaftlichkeit und Rechtssicherheit nicht vereinbar<sup>399</sup>).

## **V. Die Baunachbarklage als Mittel des vorbeugenden Rechtsschutzes**

### **1. Die Zulässigkeit vorbeugenden Rechtsschutzes**

Ergänzend ist die Frage zu stellen, ob ein Nachbar die Verletzung seiner Rechte durch Baugenehmigungen oder Befreiungen von vornherein im Wege des vorbeu-

<sup>395</sup>) Obermayer, JuS 63/110 (112).

<sup>396</sup>) BVerwG, NJW 61/793; Bettermann, NJW 60/649 (652); Obermayer, JuS 63/110 (112 f.); Martens, JuS 62/245 (250); a. A. Schäfer, DVBl 60/837 (843).

<sup>397</sup>) Bettermann, NJW 60/649 (654).

<sup>398</sup>) BVerwG, DOV 64/715 (716); Redeker-v. Oertzen, § 65 RNr. 9.

<sup>399</sup>) BVerwG, DOV 64/715 (716).

genden Rechtsschutzes abwenden kann (vgl. S. 40). Die Verwaltungsgerichtsordnung regelt den vorbeugenden Rechtsschutz nicht. Dessen Zulässigkeit ist deshalb nach Art und Umfang noch nicht endgültig geklärt. Die h. L. hält aber vorbeugenden Rechtsschutz im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG grundsätzlich für zulässig<sup>400)</sup>. Seinem Wortlaut nach eröffnet Art. 19 Abs. 4 GG den Rechtsweg nur, wenn ein Eingriff in Rechte des Bürgers bereits erfolgt ist. Es wird jedoch für unzumutbar gehalten, daß der Bürger einen drohenden Eingriff in seine Rechte in jedem Fall erst abwarten soll<sup>401)</sup>. Im Wege der erweiternden Auslegung oder, wie Bettermann meint, der analogen Anwendung<sup>402)</sup> wird deshalb Art. 19 Abs. 4 GG auch auf erst drohende Rechtsverletzungen erstreckt und der Rechtsweg eröffnet.

Gegen die Gewährung vorbeugenden Rechtsschutzes ist insbesondere der Gewaltenteilungsgrundsatz (Art. 20 Abs. 2 GG) angeführt worden. Vorbeugender Rechtsschutz stellt aus dieser Sicht die Wahrnehmung von Verwaltungsaufgaben mit anderen Mitteln durch die Verwaltungsgerichte dar<sup>403)</sup>. Vereinzelt wird auch das öffentliche Interesse an der Beschränkung der Rechtskraftwirkung unrichtiger Urteile als Gegenargument angeführt<sup>404)</sup>.

Bedenken wegen der Zukunftswirkung fehlerhafter Gerichtsentscheidungen bestehen nicht. Der Urteilstenor läßt sich auch bei Unterlassungsurteilen präzise genug abfassen, um Gefahren für die Rechtssicherheit abzuwenden. Im übrigen entfällt die Bindungswirkung, wenn sich die Sach- und Rechtslage nachträglich ändert<sup>405)</sup>. Dagegen kann an dem Bedenken, daß vorbeugender Rechtsschutz in zu starkem Ausmaß die Entschließungsfreiheit der Verwaltung beschränkt<sup>406)</sup> und damit deren Wirksamkeit hemmt, nicht vorbeigegangen werden. Die Effektivität der Verwaltung ist ein Schutzgut der verfassungsmäßigen Ordnung<sup>407)</sup> (vgl. S. 42). Um die Wirksamkeit der Verwaltung zu gewährleisten, ist diese befugt, Streitfragen durch Verwaltungsakte für den Bürger potentiell verbindlich zu regeln<sup>408)</sup>. Das Erfordernis einer wirksamen Verwaltung schließt zwar die Zulässigkeit vorbeugenden Rechtsschutzes nicht aus, zwingt aber im Einzelfall zu einer sorgfältigen Prüfung des Rechtsschutzinteresses<sup>409)</sup>.

## 2. Vorbeugender Rechtsschutz im Wege der Unterlassungsklage

Für die Gewährung vorbeugenden Rechtsschutzes im Wege der Leistungsklage kommen die Unterlassungs- und Verpflichtungsklage in Betracht<sup>410)</sup>. Da der Nachbar

<sup>400)</sup> Maunz-Dürig, Art. 19 Abs. 4 RNr. 14; Schunck-De Clerck, § 42 Anm. 4 c; Eyermann-Fröhler, § 42 RNr. 23–24; Ule, VwGO, Vorbem. III zu § 42; Redeker-v. Oertzen, § 43 RNr. 6; Bachof, DVBl 61/128; Bettermann, Handbuch Bd. III 2 S. 814; Naumann, Gedächtnisschrift S. 391; Rupp, DVBl 58/113 (119); Ruckdäschel, DOV 61/675 (676).

<sup>401)</sup> Rupp, DVBl 58/113 (120); Schütz-Frohberg, § 31 Anm. 2.

<sup>402)</sup> Bettermann, Handbuch Bd. III 2 S. 814.

<sup>403)</sup> Gelzer, NJW 59/1905; Glaser-Dröschel S. 252; Ringe, DVBl 58/378 (380); OVG Mstr., NJW 57/1251.

<sup>404)</sup> OVG Hambg., DVBl 52/86 (87).

<sup>405)</sup> Eyermann-Fröhler, § 42 RNr. 24; Fenge, DOV 56/392 (394); Naumann, Gedächtnisschrift S. 391 (406).

<sup>406)</sup> Schäfer, DVBl 60/837 (842).

<sup>407)</sup> Kellner, Generalklausel S. 96, 112; Menger, Jubiläumsschrift S. 427 (443).

<sup>408)</sup> Kellner, Generalklausel S. 112; Ringe, DVBl 58/378 (379).

<sup>409)</sup> Bettermann, Handbuch Bd. III 2 S. 815; Rupp, DVBl 58/113 (119); Ruckdäschel, DOV 61/675 (682); Eyermann-Fröhler, § 42 RNr. 23, 24.

<sup>410)</sup> Schäfer, DVBl 60/837 (842).

die Unterlassung eines Verwaltungsaktes begehrt, scheidet die Verpflichtungsklage als mögliche Rechtsschutzform aus. Sie ist nach der gesetzlichen Definition des § 42 Abs. 1 VwGO das Instrument zum Erstreiten von Verwaltungsakten, während der Kläger das Gegenteil geltend macht<sup>411)</sup>. Rechtsschutz ist deshalb in der Form der (allgemeinen) Unterlassungsklage zu gewähren.

a) Hinsichtlich der Sachurteilsvoraussetzungen ist das Rechtsschutzinteresse sorgfältig zu prüfen. Es ist nur gegeben, wenn eine behauptete Rechtsverletzung ernstlich und unmittelbar bevorsteht<sup>412)</sup>. Ferner ist zu prüfen, ob dem „bedrohten“ Nachbarn nicht zugemutet werden kann, abzuwarten, ob es tatsächlich zu einer Verletzung seiner Rechte kommt<sup>413)</sup>. In der Literatur wird die Auffassung vertreten, der Kläger werde durch die Möglichkeit, Verwaltungsakte anzufechten, auch ohne vorbeugende Rechtsbehelfe hinreichend geschützt. Dabei wird allerdings von der typischen Anfechtungsklage in ihrer rechtsschutzintensiven Form des § 80 VwGO ausgegangen. Der Suspensiveffekt wird als Gewährleistung ausreichenden Rechtsschutzes angesehen, nicht dagegen der vorläufige Rechtsschutz gemäß § 123 VwGO<sup>414)</sup>.

Gemessen an diesen Kriterien, ist das Rechtsschutzinteresse für eine Unterlassungsklage gegeben, weil nach der vorgeschlagenen Lösung Rechtsschutz gegen Befreiungen und Baugenehmigungen mit Drittwirkung in Form einer Anfechtungsklage ohne Suspensiveffekt zu gewähren ist (vgl. S. 52).

Dieses Ergebnis erscheint auch noch aus einem anderen Gesichtspunkt gerechtfertigt. Die atypische Anfechtungsklage gewährt dem Nachbarn zwar ausreichenden Rechtsschutz gegen bereits erteilte Befreiungen, auch im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG, jedoch trägt er das Schadensersatzrisiko gemäß § 945 ZPO i. V. mit § 123 Abs. 3 VwGO (vgl. S. 52, 54, 55, 48). Der Nachbar wird deshalb zur Vermeidung dieses Risikos häufig an einer vorbeugenden Abwendung von Rechtsverletzungen interessiert sein.

b) Die Unterlassungsklage eines Nachbarn gegen die Baugenehmigungsbehörde kann aber keinen Erfolg haben, weil ihm ein materiellrechtlicher Unterlassungsanspruch nicht zusteht<sup>415)</sup>. Der materielle Unterlassungsanspruch wird z. T. als das eigentliche Problem des vorbeugenden Rechtsschutzes angesehen<sup>416)</sup>. Man kann einen solchen Anspruch nicht allgemein anerkennen, weil sonst die Entschlußfreiheit der Verwaltung in zu starkem Ausmaße eingeschränkt werden würde<sup>417)</sup>. Ein Unterlassungsanspruch setzt eine positivrechtliche Anspruchsgrundlage voraus.

Naumann vertritt demgegenüber die Auffassung, materiellrechtliche Unterlassungsansprüche ergäben sich aus Art. 19 Abs. 4 GG, aus dem Recht auf Freiheit vor ungesetzlichen Verwaltungsmaßnahmen<sup>418)</sup>. In ähnlicher Weise sieht Ruckdäschel das Recht auf Freiheit vor ungesetzlichen Eingriffen gemäß Art. 19 Abs. 4, 20 Abs. 3 GG in Verbindung mit den Grundrechten als Rechtsquelle öffentlich-rechtlicher Unterlassungsansprüche an<sup>419)</sup>. Diesen Ansichten kann nicht gefolgt werden. Art. 19

<sup>411)</sup> a. A. Eyermann-Fröhler, § 42 RNr. 24; Ruckdäschel, DOV 61/675 (683); Schäfer, DVBl 60/837 (842).

<sup>412)</sup> Bettermann, Handbuch Bd. III 2 S. 815; Ruckdäschel, DOV 61/675 (682).

<sup>413)</sup> Bettermann, Handbuch Bd. III 2 S. 815.

<sup>414)</sup> Eyermann-Fröhler, § 42 RNr. 23, 24; Rupp, DVBl 58/113 (119); Ruckdäschel, DOV 61/675 (682).

<sup>415)</sup> Schäfer, DVBl 60/837 (842).

<sup>416)</sup> Redeker-v. Oertzen, § 42 RNr. 100; Ule, VwGO, Vorbem. III zu § 42; ders. Verwaltungsprozeßrecht § 32 II 3 (S. 90).

<sup>417)</sup> Schäfer, DVBl 60/837 (842).

<sup>418)</sup> Naumann, Gedächtnisschrift S. 391 (403 f.).

<sup>419)</sup> Ruckdäschel, DOV 61/675 (682).

Abs. 4 GG gewährt dem Bürger in materiellrechtlicher Hinsicht höchstens einen Anspruch auf rechtmäßige Behandlung<sup>420</sup>). Über die Art, den Umfang und erst recht über das Bestehen sonstiger Ansprüche sagt Art. 19 Abs. 4 GG nichts aus<sup>421</sup>).

### 3. Vorbeugender Rechtsschutz im Wege der Feststellungsklage

Verschiedenlich wird vorgeschlagen, vorbeugenden Rechtsschutz im Wege der negativen Feststellungsklage zu gewähren. Inhalt des Klagebegehrens soll die Feststellung sein, daß eine bestimmte bevorstehende Befreiung von nachbarschützenden Vorschriften oder eine Baugenehmigung rechtswidrig ist<sup>422</sup>).

a) Gegen das Feststellungsinteresse werden im allgemeinen keine Bedenken bestehen. Der Nachbar kann sich im Wege der Leistungsklage nicht schützen (§ 43 Abs. 2 VwGO) und hat an der vorbeugenden Abwehr von Verletzungen seiner Rechte ein berechtigtes Interesse, § 43 Abs. 1 VwGO.

b) Eine Feststellungsklage des Nachbarn wird aber nur selten Erfolg haben. Die Entscheidung hängt vom Einzelfall ab<sup>423</sup>). Vor der Erteilung einer Befreiung oder Baugenehmigung mit Drittwirkung an den Bauwilligen besteht im allgemeinen kein Rechtsverhältnis zwischen der Baugenehmigungsbehörde und dem Nachbarn, dessen Bestehen und Rechtswidrigkeit festgestellt werden könnte. Die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit, daß ein Verwaltungsakt ergehen wird, begründet noch kein Rechtsverhältnis. Es handelt sich insoweit lediglich um zukünftige Rechtsbeziehungen, deren Bestehen nicht festgestellt werden kann<sup>424</sup>). Das Bestehen eines Rechtsverhältnisses kann allenfalls angenommen werden, wenn der Erlaß eines Verwaltungsaktes in Aussicht gestellt ist<sup>425</sup>). Eine Befreiungserteilung wird in der Praxis kaum angekündigt werden. Wenn die Baugenehmigungsbehörde den Nachbarn überhaupt am Befreiungsverfahren beteiligt, so wird ihm nach seiner Anhörung der Befreiungsbeschluß mitgeteilt oder zugestellt werden<sup>426</sup>). Dann existiert aber bereits ein anfechtbarer Verwaltungsakt, so daß eine Feststellungsklage wegen des fehlenden Feststellungsinteresses unzulässig ist, § 43 Abs. 2 VwGO. Die z. T. gesetzlich vorgeschriebene Anhörung im Befreiungsverfahren, z. B. § 11 Berliner Verwaltungsverfahrensgesetz<sup>427</sup>), begründet dagegen noch kein Rechtsverhältnis, weil daraus nicht folgt, daß eine Befreiung erteilt werden wird.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß der Nachbar die Erteilung von Befreiungen oder Baugenehmigungen nur äußerst selten im Wege des vorbeugenden Rechtsschutzes abwenden kann.

<sup>420</sup>) Bittermann, Handbuch Bd. III 2 S. 803.

<sup>421</sup>) BVerwG, NJW 61/793.

<sup>422</sup>) Naumann, Gedächtnisschrift S. 391 (395); Fenge, DOV 56/392 (394); Ruckdäschel, DOV 61/675 (679).

<sup>423</sup>) Ruckdäschel, DOV 61/675 (679); Naumann, Gedächtnisschrift S. 391 (399 f.).

<sup>424</sup>) Ule, Verwaltungsprozeßrecht § 32 II 4 a (S. 91).

<sup>425</sup>) Naumann, Gedächtnisschrift S. 391 (399 f.); Ruckdäschel, DOV 61/675 (679).

<sup>426</sup>) Jaekel-Förster, Erl. zu § 5 II (S. 37).

<sup>427</sup>) Gesetz v. 2. 10. 1958, GVBl. S. 951.

## Ansprüche gegen die Bauverwaltung auf Beseitigung materiell rechtswidriger Bauwerke

### I. Folgenbeseitigungsansprüche

#### 1. Der materiellrechtliche Anspruch

Wenn die Baugenehmigungsbehörde durch die Erteilung einer rechtswidrigen Befreiung von nachbarschützenden Vorschriften oder Baugenehmigung mit Drittwirkung die Errichtung eines materiell rechtswidrigen Bauwerkes gestattet hat, ergibt sich die Frage, ob dem in seinen Rechten verletzten Nachbarn ein Anspruch gegen die Behörde auf Beseitigung des Bauwerkes zusteht (Folgenbeseitigungsanspruch).

Die Verwaltungsgerichtsordnung erwähnt den Folgenbeseitigungsanspruch in § 113 Abs. 1 Satz 2 und 3, ohne zu sagen, was darunter zu verstehen ist. Sie setzt den materiellrechtlichen Anspruch voraus. Der Folgenbeseitigungsanspruch ist nach h. M. ein auf Art. 20 Abs. 3 GG beruhender Wiederherstellungsanspruch<sup>428</sup>. Ein Hoheitsträger, der in Ausübung seiner hoheitlichen Befugnisse einen Bürger widerrechtlich beeinträchtigt hat, ist verpflichtet, die Beeinträchtigung zu beseitigen und weitere Beeinträchtigungen zu unterlassen. Zu der Beseitigung gehört die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes, soweit das möglich ist, § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO. Der Folgenbeseitigungsanspruch entspricht inhaltlich dem quasi-negatorischen Beseitigungsanspruch, den die Zivilgerichte aus § 1004 BGB entwickelt haben<sup>429</sup>. Dieser zivilrechtliche Anspruch ist auf die Beseitigung fortbestehender Folgen eines objektiv rechtswidrigen Eingriffes in ein geschütztes Rechtsgut gerichtet, der vom Nachweis eines Verschuldens des Verletzers unabhängig ist. Es genügt dabei, daß ein Eingriff erst nachträglich von einem bestimmten Zeitpunkt ab widerrechtlich wird<sup>430</sup>. Gleiches gilt für den Folgenbeseitigungsanspruch<sup>431</sup>.

Die Voraussetzungen des Folgenbeseitigungsanspruches sind gegeben. Zwar wird der Nachbar in tatsächlicher Hinsicht durch den Bauherrn beeinträchtigt, jedoch hat die Baugenehmigungsbehörde durch die Erteilung der rechtswidrigen Befreiung oder Baugenehmigung mit Drittwirkung den Bau mitverursacht<sup>432</sup>, die Kausalkette gleichsam in Lauf gesetzt<sup>433</sup>. Bedenken bestehen auch insofern nicht, als sich die Folgenbeseitigung gegen einen Dritten, den Bauherrn, richten muß. Die Behörde ist entsprechend ihrer Pflicht zur Folgenbeseitigung berechtigt, die erforderlichen Maßnahmen gegenüber dem Bauherrn durchzusetzen, der durch die Veränderung der ursprünglichen Lage begünstigt worden ist<sup>434</sup>.

<sup>428</sup>) Bachof, Vornahmeklage S. 106 ff.; Bettermann, MDR 57/130 (131); Forsthoff S. 239; Obermayer, JuS 63/110 (113); Schunck-De Clerck, § 42 Anm. 4 d; BVerwG, BayVBl 60/88 (89).

<sup>429</sup>) BGH, NJW 58/1043; Soergel-Mühl, § 1004 RNr. 37; Palandt-Gramm, Vorbem. 9 zu § 823.

<sup>430</sup>) BGH, NJW 58/1043; Soergel-Mühl, § 1004 RNr. 37.

<sup>431</sup>) Bettermann, MDR 57/130 (131).

<sup>432</sup>) OVG Lünebg. 18/341 (349); a. A. Schröer, DOV 66/228 (230 f.).

<sup>433</sup>) Meyer, DWW 62/133 (138).

<sup>434</sup>) Obermayer, JuS 63/110 (113); Hauelsen, NJW 64/2037 (2041); Meyer, NJW 64/710 (711); OVG Lünebg. 18/341 (349); a. A. Gelzer, DOV 65/793 (794) und Schröer, DOV 66/228 (231).

Da die rechtswidrige Beeinträchtigung des Nachbarn durch einen Verwaltungsakt (mit)verursacht worden ist, ist eine Besonderheit zu beachten. Der Folgenbeseitigungsanspruch ist untrennbar mit dem Verwaltungsakt verbunden. Er kann nur geltend gemacht werden, solange die baubehördliche Entscheidung anfechtbar ist<sup>435)</sup>. Andernfalls könnten die Anfechtungsfristen in der Gestalt einer Klage auf Folgenbeseitigung umgangen werden. Es ist allerdings noch nicht geklärt, ob der Folgenbeseitigungsanspruch mit dem Eintritt der Unanfechtbarkeit des rechtswidrigen Verwaltungsaktes erlischt<sup>436)</sup> oder seine Klagbarkeit verliert oder ob er mit der gerichtlichen Aufhebung des Verwaltungsaktes erst entsteht<sup>437)</sup>. Zutreffend erscheint, daß er mit dem Eintritt der Unanfechtbarkeit erlischt, ebenso wie der Anspruch auf Aufhebung bzw. Rücknahme des rechtswidrigen Verwaltungsaktes selbst.

Der Nachbar kann also, wenn er durch einen Bau beeinträchtigt wird, der auf einer rechtswidrigen Befreiung von ihn schützenden Vorschriften oder auf einer Baugenehmigung mit Drittwirkung beruht, von der Baugenehmigungsbehörde die Beseitigung der Beeinträchtigung verlangen. Voraussetzung ist, daß der Anspruch innerhalb der Anfechtungsfrist geltend gemacht wird.

## **2. Die prozessuale Geltendmachung**

Folgenbeseitigungsansprüche können prozessual auf verschiedene Weise geltend gemacht werden. Der Nachbar kann einmal zugleich mit der Anfechtungsklage die Beseitigung der Folgen begehren, § 113 Abs. 1 Satz 2 VwGO<sup>438)</sup>. Tut er das nicht, so ist der Anspruch selbständig im Wege der Verpflichtungsklage geltend zu machen<sup>439)</sup>, denn das Klagebegehren läuft entweder auf den Erlaß eines Verwaltungsaktes oder die Vornahme einer Amtshandlung hinaus (vgl. S. 54).

## **II. Baurechtliche Ansprüche**

### **1. Der materiellrechtliche Anspruch**

Abweichend von der bisher zugrunde gelegten Rechtslage braucht eine Verletzung öffentlich-rechtlicher Nachbarrechte nicht von der Baugenehmigungsbehörde auszugehen oder von dieser mitverursacht zu sein, sie kann auch allein durch einen Bauherrn erfolgen. Das ist z. B. der Fall, wenn jemand ein Bauwerk ohne Baugenehmigung errichtet oder eine erteilte Befreiung überschreitet und dabei nachbarschützende Vorschriften verletzt. Dann ergibt sich die Frage, ob die Baugenehmigungsbehörde verpflichtet ist, gegen diesen Bau einzuschreiten und der in seinen Rechten verletzte Nachbar einen entsprechenden Rechtsanspruch auf das Einschreiten der Baupolizei hat<sup>440)</sup>.

<sup>435)</sup> Obermayer, JuS 63/110 (114); Hauelsen, NJW 64/2037 (2041).

<sup>436)</sup> Obermayer, JuS 63/110 (114).

<sup>437)</sup> Hauelsen, NJW 64/2037 (2041); OVG Lünebg. 18/341 (349).

<sup>438)</sup> Obermayer, JuS 63/110 (115); Schunck-De Clerck, § 42 Anm. 4 d; OVG Lünebg. 18/341 (348).

<sup>439)</sup> Obermayer, JuS 63/110 (115).

<sup>440)</sup> Evers, JuS 62/87 (91).

Rechtsgrundlage dieser Ansprüche sind die bauordnungsrechtlichen Ermächtigungen der Baupolizei zum Einschreiten gegen rechtswidrige Bauwerke, z. B. § 97 Berliner Bauordnung<sup>441</sup>), oder die polizeilichen Generalklauseln jeweils in Verbindung mit den nachbarschützenden Bestimmungen des öffentlichen Baurechts. In neuerer Zeit hat sich die Auffassung durchgesetzt, daß die Nachbarrechte nicht nur einen Abwehranspruch gegen rechtswidrige baubehördliche Entscheidungen gewähren, sondern in Verbindung mit dem Ordnungsrecht auch einen positiven Anspruch auf das Einschreiten der Baupolizeibehörden<sup>442</sup>). Damit ist der Grundsatz, daß die Baupolizei, ebenso wie die allgemeine Polizei, nur die öffentlichen Belange zu wahren habe<sup>443</sup>), aufgegeben worden. Sie hat auch die nachbarlichen Belange zu beachten.

Allerdings steht dem in seinen Rechten verletzten Nachbarn kein vollausgebildeter Rechtsanspruch zu<sup>444</sup>). Das Bauordnungsrecht beruht ebenso wie das allgemeine Polizeirecht auf dem Opportunitätsgrundsatz. Die Baupolizei ist deshalb zum Einschreiten gegen baurechtswidrige Zustände nicht strikt verpflichtet, sondern hat nur nach pflichtmäßigem Ermessen zu entscheiden, ob und wie sie einschreitet<sup>445</sup>). Sie hat ihr Ermessen entsprechend den leitenden Aufgaben der Polizei, der Erhaltung der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, auszuüben. Dienen die verletzten Vorschriften auch dem Nachbarschutz, so sind außerdem die Interessen des Nachbarn zu beachten. Im Rahmen der Ermessensausübung sind u. a. das Ausmaß und die Schwere der Störung oder Gefährdung sowie das Gewicht der nachbarlichen Interessen zu berücksichtigen<sup>446</sup>). Bei hoher Intensität der Störung oder Gefährdung kann eine Entscheidung der Baupolizei, nicht einzuschreiten, schlechthin ermessensfehlerhaft sein. In diesem Fall schrumpft die Ermessensfreiheit derart zusammen, daß nur eine einzige fehlerfreie Entscheidung, die zum Einschreiten, übrig bleibt. Damit ist jedoch nicht gesagt, daß auch nur ein einziges Mittel zur Beseitigung der Störung gegeben ist<sup>447</sup>).

Wenn sich der Ermessensspielraum der Behörde auf eine einzige ermessensrichtige Entscheidung verengt, kommt das formelle subjektive Recht des Nachbarn gegenüber der Baupolizei auf fehlerfreie Ermessensausübung<sup>448</sup>) praktisch einem strikten Rechtsanspruch gleich<sup>449</sup>). Rechtlich steht ihm kein vollausgebildeter Anspruch zu. Das gilt auch dann, wenn das Unterbleiben des baupolizeilichen Einschreitens eine Amtspflichtverletzung im Sinne des § 839 BGB, Art. 34 GG darstellen würde<sup>450</sup>). Aus der Pflichtwidrigkeit des Unterlassens ergibt sich im Wege des Umkehrschlusses keine Pflicht zum Einschreiten, denn der Amtshaftungsanspruch setzt nur negativ die rechtswidrige Unterlassung voraus<sup>451</sup>).

<sup>441</sup>) Gesetz vom 29. 7. 1966, GVBl. S. 1175.

<sup>442</sup>) BVerwG, NJW 61/793; OVG Lünebg., DOV 60/143 (144); Bachof, DVBl 61/128 (129); Evers, JuS 62/87 (91); Obermayer, JuS 63/110 (112 f.); Witten, NJW 61/753 (755); Martens, JuS 62/245 (250) betr. § 14 PVG.

<sup>443</sup>) Drews-Wacke, § 10 (S. 160); OVG Mstr. 6/43 (51); Menger, Verw.Arch. 52/92 (103 f.).

<sup>444</sup>) BVerwG, NJW 61/793.

<sup>445</sup>) BVerwG, NJW 61/793; Drews-Wacke, § 10 (S. 158 ff.).

<sup>446</sup>) Bachof, DVBl 61/128 (131).

<sup>447</sup>) BVerwG, NJW 61/793; OVG Berlin, BBauBl 55/188.

<sup>448</sup>) Beltermann, NJW 60/649 (652); Obermayer, JuS 63/110 (112 f.); Martens, JuS 62/245 (250).

<sup>449</sup>) Obermayer, JuS 63/110 (112 f.); BVerwG, NJW 61/793.

<sup>450</sup>) BGH, DVBl 53/451.

<sup>451</sup>) Menger, Verw.Arch. 52/92 (103 f.); OVG Lünebg., DVBl 60/648.

Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den von Ermessenserwägungen abhängigen Schutz der Nachbarrechte bestehen nicht. Art. 14 Abs. 1 GG ist nicht verletzt. Diese Vorschrift gewährleistet zwar das Eigentum, überläßt dessen inhaltliche Regelung aber den Gesetzen, wozu auch die Vorschriften des Landesrechts gehören. Inhaltsbestimmungen können die Gewährleistung des Eigentums nicht verletzen. Auch der Wesensgehalt des Eigentums (Art. 19 Abs. 2 GG) wird nicht angetastet, wenn das Baurecht den Inhalt des Eigentums durch nachbarschützende Vorschriften erweitert, diese Eigentumsrechte aber nur nach Maßgabe des Opportunitätsgrundsatzes geschützt werden<sup>452</sup>). Ebensovienig steht der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit der Einaräumung eines Ermessensspielraumes entgegen. Die Ermessensfreiheit der Verwaltung, eingeschränkt auf das pflichtmäßige Ermessen, ist Bestandteil der Rechtsordnung und der verfassungsmäßigen Ordnung. Art. 19 Abs. 4 GG schließlich eröffnet und garantiert den Rechtsweg gegen die Verletzung von Rechten durch die öffentliche Gewalt, wozu auch die Nichterfüllung von Rechtsansprüchen auf Amtshandlungen der Behörden zählen. Die Bestimmung sagt aber nichts über den materiell-rechtlichen Inhalt und Umfang von Rechten und Ansprüchen aus. Art. 19 Abs. 4 GG wird deshalb durch die Art, in der das materielle Recht den polizeilichen Schutz der Nachbarrechte ausgestaltet, nicht berührt, denn die Zulässigkeit des Rechtsweges wird davon nicht betroffen<sup>453</sup>).

## **2. Die prozessuale Geltendmachung**

Prozessual ist der Anspruch auf baupolizeiliches Einschreiten im Wege der Verpflichtungsklage geltend zu machen<sup>454</sup>). Der Kläger begehrt den Erlaß eines Verwaltungsaktes, z. B. des Verbotes eines Gewerbebetriebes in einem Wohngebiet oder einer Abbruchverfügung, oder die Vornahme einer Amtshandlung (vgl. S. 54), wenn er das unmittelbare Einschreiten der Baupolizei verlangt (§ 113 Abs. 4 Satz 1 VwGO).

Da der Kläger von der Baupolizei den Erlaß einer Ermessensentscheidung oder die Vornahme einer in deren Ermessen stehenden Amtshandlung begehrt, kann ein Verpflichtungsurteil zu seinen Gunsten nur ergehen, wenn jede andere Entscheidung der Behörde nach § 114 VwGO rechtswidrig wäre. Bestehen noch andere Entscheidungsmöglichkeiten, die nicht ermessensfehlerhaft sind, so kann nur ein Bescheidungsurteil ergehen (§ 113 Abs. 4 Satz 2 VwGO) oder die Klage wird abgewiesen<sup>455</sup>).

## **Schluß – Zusammenfassung der Probleme der Baunachbarklage**

1. Das Bundesbaugesetz erkennt subjektive öffentliche Nachbarrechte an. Die Rechtsfortbildung auf diesem Gebiet ist Aufgabe von Rechtsprechung und Lehre.
2. Der materielle Schutz der öffentlich-rechtlichen Nachbarrechte wird nicht durch die Zumutbarkeit von Rechtsverletzungen eingeschränkt.

<sup>452</sup>) BVerwG, NJW 61/793.

<sup>453</sup>) BVerwG, NJW 61/793; Bettermann, Handbuch Bd. III 2 S. 803.

<sup>454</sup>) BVerwG, NJW 61/793; Martens, JuS 62/245 (252).

<sup>455</sup>) Bettermann, NJW 60/649 (654); BVerwG, NJW 61/793 (794).

3. Die Verletzung öffentlich-rechtlicher Nachbarrechte durch die Baugenehmigungsbehörde kann vor den Verwaltungsgerichten geltend gemacht werden. Daneben besteht gegebenenfalls die Möglichkeit, mit demselben Ziel vor den Zivilgerichten zu klagen. Es besteht eine Rechtswegkonkurrenz.

4. Die Baunachbarklage ist je nach dem Klagebegehren als Anfechtungs- oder Verpflichtungsklage zulässig. Begehrt der Kläger die Aufhebung einer Baugenehmigung oder Befreiung, so ist regelmäßig nur die Anfechtungsklage zulässig. Wird die endgültige Versagung einer Befreiung begehrt, so ist die Verpflichtungsklage zulässig.

5. Die Anfechtungsklage kann auf Grund der im Baurecht vom Normalfall abweichenden Interessenlage nicht in ihrer typischen rechtsschutzintensiven Form zugelassen werden. Vorläufiger Rechtsschutz ist im Wege der einstweiligen Anordnung zu gewähren.

6. Die Verwaltungsgerichtsordnung läßt eine atypische Anfechtungsklage zu, da sie keinen abschließenden Katalog von Klagen enthält. Der Verwaltungsakt als „Zweckschöpfung“, die am Rechtsschutzbedürfnis des Bürgers ausgerichtet ist, verlangt eine der Interessenlage angepaßte Form des Rechtsschutzes.

7. Die atypische Anfechtungsklage stellt sicher, daß

- a) dem in seinen Rechten verletzten Nachbarn effektiver Rechtsschutz gewährt wird,
- b) Bauarbeiten erst nach richterlicher Vorprüfung des Klagevortrages zu unterbrechen sind,
- c) der Bauherr vom Kläger Schadensersatz für die nicht gerechtfertigte Unterbrechung der Bauarbeiten erlangen kann.

8. Hinsichtlich der Begründetheit der Baunachbarklage treten keine besonderen Probleme auf. Der Vertrauensschutz des Bauherrn steht der Aufhebung von Befreiungen nicht entgegen. Für die Beurteilung der Frage, ob eine Befreiung rechtmäßig erteilt worden ist, ist der Zeitpunkt des Urteilserlasses maßgebend.

9. Der Nachbar kann vorbeugenden Rechtsschutz in Anspruch nehmen, um die Erteilung von Befreiungen zu verhindern. Zulässige Rechtsschutzform sind die Unterlassungs- und die Feststellungsklage. Unterlassungsklagen sind in der Regel zulässig, aber unbegründet, da kein materiellrechtlicher Unterlassungsanspruch besteht. Negative Feststellungsklagen sind in der Regel ebenfalls zulässig, aber unbegründet, weil vor dem Erlass eines Verwaltungsaktes grundsätzlich kein feststellbares Rechtsverhältnis besteht.

10. Dem Nachbarn steht ein Folgenbeseitigungsanspruch gegen die Baubehörde zu, wenn ein materiell rechtswidriger Bau auf Grund einer fehlerhaften Befreiung von nachbarschützenden Vorschriften errichtet wird. Wird ein materiell rechtswidriger Bau ohne Mitwirkung der Baugenehmigungsbehörde errichtet, so hat der Nachbar dieser gegenüber einen Anspruch darauf, daß sie nach pflichtgemäßem Ermessen einschreitet.



## Lebenslauf

Am 21. Juni 1937 wurde ich in Berlin-Karlshorst als Sohn des Stadtinspektors Arthur Tiltag und seiner Ehefrau Gerda, geb. Müller, geboren.

Im September 1943, nach der Evakuierung Berlins, wurde ich in Kladorf i. Mark eingeschult. Nach Beendigung des Krieges kehrten meine Mutter und ich nach Berlin zurück, wo ich seit 1947 die Oberschule für Knaben in Berlin-Baumschulenweg und seit 1949 die Paulsen-Oberschule in Berlin-Steglitz besuchte. Dort legte ich am 25. Februar 1956 die Reifeprüfung ab.

Im Sommersemester 1956 begann ich mein rechtswissenschaftliches Studium an der Freien Universität Berlin und bestand am 13. April 1960 vor dem Justizprüfungsamt Berlin die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „befriedigend“. Am 21. Juli 1960 wurde ich in den juristischen Vorbereitungsdienst im Bezirk des Kammergerichts einberufen und legte am 9. Juli 1964 vor dem Justizprüfungsamt Berlin die zweite juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „vollbefriedigend“ ab. Anschließend studierte ich vom Wintersemester 1964/65 bis zum Sommersemester 1965 an der Johannes-Gutenberg-Universität in Mainz Rechtswissenschaft.

Seit dem 1. August 1965 bin ich bei dem Bundesaufsichtsamt für das Versicherungs- und Bausparwesen in Berlin tätig.

Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 6. Juni 1966.

Berlin-Lankwitz, den 10. Oktober 1966

Joachim Tiltag





